Max Weber

韦伯作品集

IX

法律社会学



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

Max Weber

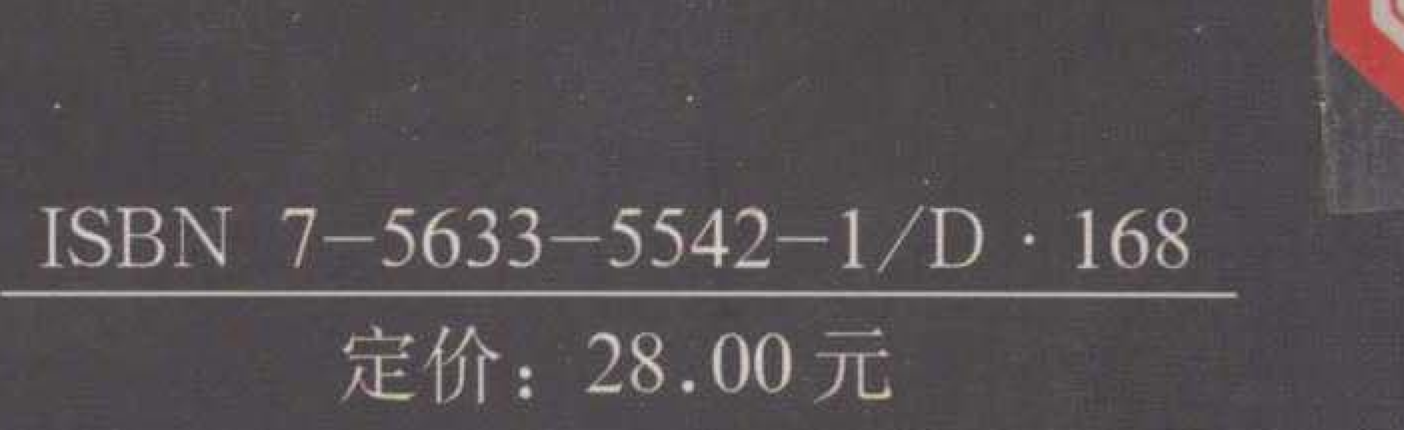
韦伯作品集（IX）

法律社会学

在现代社会中，“法律社会”与“法治国家”等词汇已是耳熟能详。然而，法律到底是怎么来的？法律的演进过程如何？法律在人类社会中到底扮演了何种角色？本书即试图解答这些问题。作者挟其浑厚的法学与史学素养，从比较人类各大文明入手，深入探讨了“法”的缘起与演化，从纷纭复杂的史实中爬梳举例，阐明了法律与政治、经济、宗教等社会各层面的关系。本书适时的引进出版，我们有理由相信，韦伯关于人与法的如炬洞察和深邃的理论阐释对中国的法治化建设不无意义。






ISBN 7-5633-5542-1/D · 168
定价：28.00元

韦伯作品集

IX

法律社会学

康　乐　简惠美 译

著作权合同登记图字:20－2005－120号

图书在版编目(CIP)数据

法律社会学/(德)韦伯著;康乐,简惠美译.—桂林:广西师范大学出版社,2005.11
(韦伯作品集;9)
ISBN 7－5633－5542－1

Ⅰ.法…　Ⅱ.①韦…②康…③简…　Ⅲ.社会法学　Ⅳ.D90－052

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第091058号

广西师范大学出版社出版发行
(桂林市育才路15号　邮政编码:541004
网址:www.bbtpress.com)
出版人:肖启明
全国新华书店经销
发行热线:010－64284815
山东新华印刷厂德州厂印刷
(山东省德州市新华路155号　邮政编码:253006)
开本:880mm×1 230mm　1/32
印张:12.75　字数:320千字
2005年11月第1版　2005年11月第1次印刷
印数:0 001～6 000　定价:28.00元

序　言

作为社会学古典理论三大奠基人之一的韦伯，其名声为中文读者所知晓远比马克思和涂尔干要晚。马克思的名字随着俄国十月革命(1917)的炮声即已传到中国，20世纪50年代以后由于意识形态的原因，马克思与恩格斯的著作并列以全集的形式由官方的中央编译局翻译出版，作为国家的信仰体系，其影响可谓家喻户晓。涂尔干的著作最早是由当年留学法国的许德珩先生(《社会学方法论》，1929)和王了一(王力)先生(《社会分工论》，1935)译介，首先在商务印书馆出版，这两部著作的引入不仅使涂尔干在社会学界闻名遐迩，而且也使他所大力倡导的功能主义在学术界深深植根，并成为当时社会学研究中占主导地位的理论和方法论。与此相比，德国人韦伯思想的传入则要晚了许多。由于中国社会学直接舶来于英美的实证主义传统，在早期，孔德、斯宾塞的化约论—社会有机体论和涂尔干的整体论—功能论几乎脍炙人口，相比之下，韦伯侧重从主观意图、个人行动去探讨对社会的理解、诠释的进路则少为人知。加之，韦伯的思想是辗转从英文传播开来的，尽管他与涂尔干

同属一代人,但在国际上成名要比涂尔干晚了许多。恐怕这就是中文早期社会学著述中鲜有提及韦伯名字的原因。

出于意识形态方面的原因,内地学界从20世纪50年代初开始取消社会学这门学科的研究和教学,又长期与国际主流学术界隔绝,直到改革开放后,1987年由于晓、陈维纲等人合译的《新教伦理与资本主义精神》在北京由三联书店出版问世,内地学者才真正从学术上接触韦伯的中文著作。尽管此前台湾早在20世纪60年代就已出版了该书的张汉裕先生节译本以及由钱永祥先生编译的《学术与政治:韦伯选集(Ⅰ)》(台北远流出版公司,1985),但囿于当时两岸信息闭塞的情况,这样的图书很难直接到达学者手中。此外还应指出,内地在此之前也曾零星出版过韦伯的一些著作译本,譬如,姚曾廙译的《世界经济通史》(1981)、黄晓京等人节译的《新教伦理与资本主义精神》(1986),但前者由于是以经济类图书刊发的,显然其社会学意义在一定程度上会受到遮蔽,后者是一个删除了重要内容的节译本,难以从中窥视韦伯思想全貌,无疑也会减损其学术价值。

内地学术界在20世纪80年代中后期引介韦伯思想固然和当时社会学刚刚复出这一契机有关,除此之外还有其重要的现实社会背景和深刻的学术原因。众所周知,20世纪80年代中后期是内地社会改革开放方兴未艾的年代,经济改革由农村向城市逐步深入,社会生产力得到了较快的发展。但是社会转型必然会伴随着阵痛和风险,改革旧有体制涉及众多方面的既得利益,需要人们按照市场经济模式转变思维方式和行为方式,重新安排和调整人际关系。加之,由于中国南北方和东西部自然条件和开发程度存在很大差异,在改革过程中也可能出现新的不平等,还有随着分配差距的拉大社会分层化开始显露,以及公务人员贪污腐化不正之风蔓延开来为虐日烈,这些都会导致社会问题丛生,致使社会矛盾渐趋激烈。如果处理不当,最终会引起严重的社会失范。苏联和东欧一些民族国家

在经济转轨中的失败和最终政权解体就是前车之鉴。这些都表明中国的改革开放政策带来的社会经济发展遇到了新的瓶颈,面对这些新问题学术界必须作出自己的回答。

撇开其他因素不论,单从民族国家长远发展上考量,当时中国思想界可以从韦伯论述19世纪末德意志民族国家的著作中受到许多启迪。当时德国容克地主专制,主张走农业资本主义道路,成为德国工业发展的严重障碍;而德国中产阶级是经济上升的力量,但是领导和治理国家又缺乏政治上的成熟。韦伯基于审慎的观察和思考作出了自己的选择:出于对德意志民族国家的使命感和对历史的责任感,他自称在国家利益上是"经济的民族主义者",而在国家政治生活中自我期许"以政治为志业"。联想到韦伯有时将自己认同于古代希伯来先知耶利米,并把他视为政治上的民众领袖,亦即政治鼓动家,他在街市上面对民众或批判内外政策,或揭露特权阶层的荒淫腐化,只是出于将神意传达给民众的使命感,而非由于对政治本身的倾心。然而韦伯又清醒地认识到,现时代是一个理智化、理性化和"脱魅"的时代,已没有任何宗教先知立足的余地,作为一个以政治为志业的人,只能依照责任伦理去行动。这意味着一个人要忠实于自己,按照自己既定的价值立场去决定自己的行动取向,本着对后果负责的态度果敢地行动,以履行"天职"的责任心去应承日常生活的当下要求。或许,韦伯这一特立独行的见解以及他对作为一种理性的劳动组织之现代资本主义的论述,与内地当时的经济改革形势有某种契合,对国人的思考有某些启发,因而使人们将目光转向这位早已作古的德国社会思想家。

此外,二战结束以来,国际学术界以及周边国家兴起的"韦伯热"也对国内学术界关注韦伯起到触发作用。韦伯的出名首先在美国,这与后来创立了结构功能学派的帕森斯有关。帕氏早年留学德国攻读社会学,1927年他以韦伯和桑巴特论述中的资本主义精神为

研究课题获得博士学位，返美后旋即将《新教伦理与资本主义精神》译成英文于1930年出版，并在其成名作《社会行动的结构》中系统地论述了韦伯在广泛领域中对社会学作出的理论贡献，从此以后韦伯在英文世界声名鹊起并在国际学界闻名。50年代以后韦伯著作大量被译成英文出版，研究、诠释韦伯的二手著述也如雨后春笋般地涌现。60年代联邦德国兴起的“韦伯复兴”运动，其起因是二战后以美国为楷模发展起来的德国经验主义社会学，与战后陆续从美国返回的法兰克福学派代表人物所倡导的批判理论发生了严重抵牾，从而导致了一场长达十年关于实证主义方法论的争论。由于参加论战的两派领军人物都是当今学界泰斗，加之其中的几个主要论题——社会科学的逻辑问题（卡尔·波普尔与阿多诺对垒）、社会学的“价值中立”问题（帕森斯对马尔库塞）、晚期资本主义问题（达伦道夫和硕依西对阿多诺）——直接或间接都源于对韦伯思想的理解，对这些重大问题展开深入的研讨和辩论，其意义和影响远远超出了社会学一门学科的范围，对当代整个社会科学界都有重要的参考借鉴价值。作为这场论战的结果，一方面加快了韦伯思想的传播，促使韦伯思想研究热潮的升温，另一方面也对美国社会学界长期以来以帕森斯为代表的对韦伯思想的经验主义解读——“帕森斯化的韦伯”——作了正本清源、去伪存真式的梳理。譬如，在帕森斯式的解读中，韦伯丰富而深刻的社会多元发展模式之比较的历史社会学思想，被歪曲地比附成线性发展观之现代化理论的例证或图示。因此在论战中从方法论上揭示韦伯思想的丰富内涵，还韦伯思想的本来面目，亦即“去帕森斯化”，这正是“韦伯复兴”的题中应有之意。

随着东亚“四小龙”的经济腾飞，研究韦伯的热潮开始东渐。二战后特别是60年代以后，传统上受儒家文化影响的韩国、新加坡、台湾、香港成为当时世界上经济发展最快的四个国家或地区，如何解

释这一现象成为国际学术界共同关注的课题。美国的汉学家曾就“儒家传统与现代化”的关系于60年代先后在日本和韩国召开了两次国际学术研讨会。80年代初在中国香港也举行了“中国文化与现代化”的国际学术会议，中心议题就是探讨儒家伦理与东亚经济起飞的关系。许多学者都试图用韦伯的宗教观念影响经济行为的思想去解释东亚经济崛起和现代化问题：有将“宗教伦理”视为“文化价值”者；也有人将“儒家文化”作为“新教伦理”的替代物，在解释东亚现代化时把儒家传统对“四小龙”的关系比附为基督教对欧美、佛教对东南亚的关系；还有人将韦伯论述的肇源于西欧启蒙运动的理性资本主义精神推展至西方以外，譬如日本，等等。所有这一切，无论赞成者抑或反对者，都使亚洲地区围绕东亚经济腾飞形势而展开的文化讨论，与对韦伯思想的研讨发生了密切关系，客观上推动了韦伯著作的翻译出版和思想传播，促使东亚地区韦伯研究热潮的出现。

作为欧洲文明之子，韦伯是一名百科全书式的学者，其思想可谓博大精深，同时其中也充满了许多歧义和矛盾，许多相互抵牾的观点都可在他那里找到根源，因而时常引起不同诠释者的争论。历来对韦伯思想的理解大致可分为两派，即文化论和制度论。前者主张思想、观念、精神因素对人的行动具有决定作用，故而韦伯冠名为“世界诸宗教的经济伦理”这一卷帙浩繁的系列宗教研究（包括基督新教、儒教、印度教、犹太教等）是其著作主线；后者则强调制约人的行动背后的制度原因才是决定的因素，为此它视《经济与社会》这部鸿篇巨制为其主要著作。这种把一个完整的韦伯解析为两个相互对立部分的看法，从韦伯思想脉络的局部上说似乎都言之成理、持之有据，但整体看来都有以偏概全的偏颇。须知，韦伯既不是通常意义上的观念论者或文化决定论者，更不是独断意义上的唯物论者，因为这里的宗教观念是通过经济的伦理对人的行动起作用，并

非纯粹观念作用于人;而制度因素既包含经济制度也包含法律制度、政治制度,还包含宗教制度、文化制度,并非只是经济、物质、利益方面的制度。换言之,一般理解的观念—利益之间那种非此即彼、对决、排他性关系,在韦伯的方法论看来纯属社会科学的"理念型",只有在理论思维的抽象中它们才会以纯粹的形式存在,在现实生活中它们从来就是一种"你中有我,我中有你"的彼此包容的、即所谓的"镶嵌"关系。应该运用韦伯研究社会的方法来研究韦伯本人的思想,放大开来,应该用这种方法看待社会生活中的一切事物,唯有如此,才能持相互关系的立场,以"有容乃大"的胸怀解决现实中许多看似无解的死结问题。

在中文学术界,远流出版公司出版的"新桥译丛"有着很好的口碑,其译作的品质精良是远近驰名的,其中韦伯著作选译更是为许多内地学人所称道。究其原委,一则是书品优秀,这包括书目及其版本的选择颇具专业学术眼力,另外新桥的译文具有上乘水准,是由经过专业训练的学者基于研究之上的迻译,而非外行人逐字逐句地生吞活剥。仅以两岸都有中文译本的《中国的宗教:儒教与道教》一书而论,远流本初版于1989年,六年后再出修订版,书中不仅更正了初版本的一些讹误,而且将译文的底本由初版的英译本改以德文原著为准,并将英、日文译本添加的译注和中文译本的译注连同德文本作者的原注一并收入,分别一一标示清楚。此外,远流版译本还在正文前收录了对韦伯素有研究的康乐先生专为该书撰写的"导言",另将美国匹兹堡大学著名华裔教授杨庆堃先生1964年为该书的英译本出版时所写的长篇"导论"译附于后,这就为一般读者和研究者提供了极大方便,使这个译本的学术价值为现有的其他几个中译本所望尘莫及。再则,"新桥译丛"的编辑出版已逾二十余载,可谓运作持之以恒,成果美不胜收,仅韦伯著作选译出版累计已达十

几种之多，形成规模效应，蔚为大观。不消说，这确乎需要有一个比较稳定的编译者团队专心致志、锲而不舍地坚持长期劳作才能做到，作为一套民间出版的译著丛书，在今日中国台湾这种日益发达的工商社会，实属难能可贵。现在，两岸出版业界的有识之士又携手合作，将这套译著引介到内地出版，这对于提高这套丛书的使用价值、扩大其学术影响、推动中文世界社会科学和人文科学的发展、提升学术研究水平，功莫大焉。

近年来，随着两岸经贸往来规模的不断扩大，两地学术界和出版界的交流也在逐步深入，相应的，两地学者的著述分别在两岸出版的现象已屡见不鲜，这对于合理地使用有限的学术资源，互通有无，取长补短，共同提升中文学界的研究素质，可谓事半功倍。进而，倘若超越狭隘功利角度去看问题，将文本视为沟通思想、商谈意义的中介，从而取得某种学术共识，成为共同打造一个文化中国的契机，则善莫大焉。

诗云："瞻彼淇奥，绿竹猗猗。有斐君子，如切如磋，如琢如磨。"唯愿两岸学人随着对世界文化了解的日益加深，中文学界的创造性大发展当为期不远矣。是为序。

2003年12月3日 苏国勋于北京

（本文作者系中国社会科学院社会学研究所研究员）

目　录

第一章

实体法领域的分化

一　“公法”与“私法”

现今的法律理论和法律实务中最重要的一个划分就是“公法”与“私法”。[1] 但是，关于划分的原则却充满了争议。

---

① 韦伯此处所指的是欧陆的法学理论，特别是德国的法学理论。在那儿，公法与私法之分特别受到重视。在罗马法里，此种区分已相当清晰，尤其是乌尔比安（Ulpian）的定义，其界定公法为“与罗马国家（公务）有关的”（quod ad statum rei Romanae spectat）法律，私法则为“与个人利益有关的”（quod ad singulorum utilitatem pertinet）法律。这样的划分对于某种政府别具实用的意义，亦即当政府虽有意针对公民本身的私人关系制定并保障一套牢靠的法律秩序，但很不愿将那些关系钉死在僵硬而毫不变通的规则上。

1. 依照社会学的划分法，公法，就其在法秩序规定下的意义而言，可简单定义为：约制国家机构相关行动（staatsanstaltsbezogenes Handeln）的总体规范；所谓国家机构的相关性行动，是指使国家机构的各种目的得以维持、伸张和直接遂行的行动，而这些目的必须是根据法规或基于共识方为妥当。相对的，私法，就其在法秩序规定下的意义而言，可视为：约制与国家机构本身无关、而不过是受国家机构所规制的行动的总体规范。②这样的区分不具形式性格，所以在运用方面似乎有技术上的困难。虽然如此，几乎所有的其他划分办法也都还是以此种区别为其基础。

2. 这种区分经常与另一种纠缠在一起。我们可以将“公”法视同为“行政法规”（Reglement）的总体。所谓行政法规，就其正确的法律意义而言，是指单以对国家机关所下达的指令为内容——然而并不设定个人主观既得权利——的规范，此种规范和那种主观权利的“请求权规范”（Anspruchsnomierungen）相对反。不过，这样的对反，首先必须正确加以理解。公法的规范，譬如有关总统选举的规范，也可能设定个人主观的、（尽管如此仍为）“公”法上的权利，例如选举的权利。不过，个人的这种公法上的权利，如今，就法律上的意义而言，并不被视同为财产权那样的既得权利——财产权原则上被认为即使是立法者自己也不能侵犯、并且正因此而为立法者所承认的权利。

(接上页)这是罗马帝国后期及近代绝对王权国家典型的情形。至于国家机构服属法律条文到什么程度这个问题，公法与私法之分已无关紧要，甚至只不过是某种法律条文的方便归类，尤其只是为了法律书写和教育的目的。

② 所谓国家机构的相关性行动，以及受国家机构所规制的行动，相关定义请参考顾忠华译，《社会学的基本概念》（新桥译丛，34），页85—86，只消将文中的团体、组织解读为此处的机构即可。

个人在公法上的主观权利，就法律观点而言，事实上被视为个人主观的管辖权（Zuständigkeit），个人借此成为国家机构的机关（Orgen）以达成明确限定下的目的。所以尽管带有主观权利的形式，事实上不过是行政法规的一种反射，而不能视为客观的请求权规范的结果。再者，存在于法秩序当中的、如上述第一点所指出的私法上的请求权，也未必尽然是“既得的”主观权利。财产权一旦受到承认，其内容本身有可能是法秩序的“反射”，至于某种权利是否为“既得的”，实际上可归结为若加以排除是否会引起补偿请求权的问题。因此，我们或可这么认为，所有的公法，就法律观点而言，无非是行政法规，但不能就此主张，任何行政法规莫不是由公法创造出来。因此，这样的定义也不见得就对，因为，在某些法秩序当中，统治权被视为君主既得的家产制权利，或者反之，某些主观的市民权被视为“既得的”私权（例如基于“自然法”），所以同样都是不可侵犯的。

3. 最后，我们也可以下述方式来加以划分。换言之，当法律事件是发生于法律意义上“同位格的”多数当事人相互对立的情况下时，即属“私法的”法律事件，此时，这些当事人的权利领域必然会经由立法者、法官甚至当事人本身（透过法律交涉）的行为而得出法律上“正确的”分界。另一方面，当拥有权威性命令权的优势权力保有者，与在规范的法律意义下“服属于”他的人，发生对峙时，即属“公法的”范畴。不过，并非国家机构的任何机关皆具有命令权，而国家机关在公法规制下的行动也不一定就是命令。除此，规制数个国家机关之间的关系，换言之，对拥有对等的权势者之间的关系加以规范，显然本就属于“公法的”内在范围。进而，不只直接存在于权力拥有者和权力服属者之间的关系属于“公法”的范围，连同权力服属

者之任命和监控权力拥有者的行动，也全都在“公法”所规制的行动范围内。只不过，此种区分方式显然又大步走回上述第一种区分的轨道。换言之，并不是将任何权威性的命令权及其与服属者之间的关系，尽皆划归公法的范畴。例如，雇主的命令权即不在公法的范围内，因为此种权力乃是透过形式上“同位格者”之间的“法律行为”(Rechtsgeschäfte)而成立的。不过，即使是家长的命令权也还是属于私法的权威，这显然只是因为唯有国家机构方为正当权力的来源，也因此，唯有以下的行为才是“公”法所关注的焦点，亦即，据其在法秩序所设定的意义下而言，哪些行为是为了国家机构的维持，以及为了实现可说是由国家机构所直接经营的利益。至于哪些利益才是国家机构本身所真正追求的目标，至今显然尚无定论。尤其，利益领域有可能刻意地被设定成受制定法所规制的形态，目的在于创造出私人个别的请求权与国家机关的命令权或其他机能在同一事件上处于既竞争且并存的局面。

以此，公法与私法的领域至今仍未得出全然一致的分判。至于过去则是更加不明确。或许连划分的可能性都没有，譬如当所有的法律、所有的管辖权(Zuständigkeiten)，特别是所有的命令权同样都带有私人特权的性格时；此时，国家元首的特权多半被称为“大权”(Prärogative)：诸如对特定的事项作出裁决、征召什么人去服兵役，或者在其他方面要求他人的服从，皆是其权限所在；正如同使用某块土地的权限一样，这些都成为某种“既得的”主观权利，有时候更是等同土地使用权一样，成为法律行为——让渡或继承——的对象。在此情况下，政治权力，就法的观点而言，根本不具备机构(Anstalt)的结构，而是借着各个主观命令权力之拥有者或声称拥有者之间具体的结合体关系与妥协来展现。此时，政治的命令权和家长、

庄园领主、人身领主的命令权[③]在本质上并无不同,此即“家产制”[④]的状态。法律的这种结构一旦存在——尽管未曾彻彻底底地实现过,所有我们划归为“公”法范围者,皆成为具体的权力拥有者之主

---

③ “当一个人所做经济营运的土地并不是自己所拥有的情况下,他便是服属于土地领主(即庄园领主, Grundherr),当他的人身并不自由而是为他人所有时,他便是服属于人身领主(Leibherr)。”(M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S. 41)不过,“中世纪时,人身支配往往低落到仅止于向几乎可说是自由人课取地租权的地步,譬如西德与南德普通见到的情形;在俄国,农奴事实上有移动的自由(尽管在法律上身份并不确定),而领主实际上仅止于收取年贡金的情形是相当常见的(虽然不见得普遍如此)”(康乐、简惠美译,《经济行动与社会团体》,页 101)。

④ 根据韦伯的分类法,“家产制”是“传统型支配”的次发性类型,反之,其原始类型则为“长老制”(Gerontokratie)与“原始的家父长制”(primärer Patriarchalismus)。长老制是在非经济的、非家族的团体里由长老进行支配,而家父长制则是在经济的、家族的团体里由家父长来进行支配。这两者之所以特别以“原始”的类型称之,是因为,虽然长老与家父长的支配权确实是奠基于传统而为其本身的固有权力,但是实质上带有强烈的“伙伴权”(Genossenrecht)的性格,支配权乃是为了伙伴的利益而行使,而不是为了长老或家父长本身的利益而行使,这样的意识毋宁是很强的。被支配者是首领的“伙伴”而非其“子民”,因此支配者本身也受到传统严格的束缚。以此,决定性的关键在于:在此类型的支配里,并没有为了进行支配的“行政干部”(Verwaltungsstab)存在。然而,“当传统型支配开始发展出特别的行政机构及武装力量,而这两者成为支配者个人的工具时,**家产制**即可能发生。……只有到这时,团体中的‘伙伴’才会被视为‘子民’。原先支配者的权威明显的是属于团体所共有,现在则成为个人的权利,他把此一权威窃为己有,正如他占有其他事务一样。原则上,他可以利用其威权,正如同他可以处分任何经济资产——出卖、典当或因继承而予以分割。……借着控制这些工具,支配者可以扩展其独断独行的权力,破坏家父长制及长老制结构的传统拘束而得以任意赏赐恩惠。当支配型态基本上还是传统型时,尽管权力是依支配者个人意志行使,我们称此种支配为**家产制支配**”。(康乐等编译,《支配的类型》,页 39—40)另外,关于家产制支配的详细内容,请参照康乐、简惠美译,《支配社会学》第 3 章《家父长制支配与家产制支配》。

观权利的对象，就法理而言，与私法上的请求权无异。

二 “请求权赋予法”与“行政法规”

不过，法律的形成也可能具有和上述那种恰好相反的性格，亦即在我们今天划归为私法的许多领域里，上面所说的那种“私”权完全付之阙如。换言之，具有赋予请求权的客观的法、那种性格的规范，完全不存在；也就是，一整个行之有效的规范总体，就法理而言，具有“行政法规”的性格，亦即，所有的私人利益之所以享有被保护的机会，并非因其为受保障的主观请求权，而端在于其为一种反射，反射行政法规之为妥当，如此而已。此种状态一旦确立——尽管同样未曾普遍贯彻，所有的法律便尽皆消融于管理的目的，亦即“统治”(Regierung)之中。⑤

三 “统治”与“行政”

“**管理**”(Verwaltung)绝不只是个公法的概念。例如个人家计的管理或盈利经营的管理，皆属私人的范围，而公家的管理则为通过国家机构组织或其他由国家赋予权限的他律性机构所实行的管理行为。

“公的”管理范围，最广义而言，包含三个部分：法创制(Rechtsschöpfung)、法发现(Rechtsfindung)⑥与公家机构的活动中

⑤ 此乃集权国家的“理念型”描述，韦伯写于其现代形态出现之前。

⑥ “就纯粹类型的传统型支配而言，法律或行政法规不可能经由立法程序制定。就算实际上是新创的法规，也只有在宣称其为‘古已有之’(valid of yore)——如今只不过是经由‘睿智’(wisdom，古日耳曼律例中的Weistum)**再度发现**——的情况下才能取得正当性。此种‘律例的发现’(Rechtsfindung)的立法方式只能求诸传统文献；换句话说，必须假先例及较早的判例行之。”(《支配的类型》[修订版]，页31)

扣除这两个部分后的其他部分，亦即我们此处所说的“统治”。“统治”可以法律规范来加以约束，也可以通过既得的主观权利来加以限制。就此而言倒是统治与法创制和法发现互通之处。然而，这不过是意味着下面两点：(1)就**积极**面而言，统治本身的管辖权应有其正当性的基础。近代的统治是借着正当的“权限”（Kompetenz）而开展其活动[⑦]。此种权限，究极而言，通常被认为是奠基于国家机构的“宪法”规范之授权。(2)就**消极**面而言，统治之受到现行法与既得权利的束缚，意味着其自由活动受到限制，而且必须甘受此种限制。

不过，统治的固有特质正在于：其目的并**不只**是要尊重和实现现行的法律——仅仅是因为现行法是妥当的、而且是既得权利的基础；除此之外，它还希望能实现其他实质的目的，诸如政治的、伦理的、功利的以及其他种种性质的目的。对统治而言，个人及其利益，就法律观点言之，毋宁是客体，而非法的主体。

近代国家倒确实有在形式上将法发现和“管理”（意指“统治”上的管理，即“行政”）拉近的倾向。换言之，在司法上，现今的法官被期许——部分来自实定的法规范，部分来自法学理论的要求——要依据实质的原则，诸如伦理、公平、权宜（视目的而定），来下定夺的情形并不少见。此外，在行政上，现今的国家组织赋予个人——尽管原则上仅仅是行政的客体——保卫一己之利益的手段，此种手段至少在形式上和法发现的手段性质上并无二致，此即“行政裁判”

---

⑦　“权限”是理性的近代官僚制的特征性概念。法制型支配的基本类别之一就是：“有明显范围的权限（管辖权）。这包括：a. 执行因系统分工而分化出来的特定功能的义务。b. 赋予在职者某些必要的权力。c. 有明确规定的必要强制手段；以及使用这些强制手段的明确限制。”（《支配的类型》，页 13）

(Verwaltungsgerichtsbarkeit)[8]。虽然如此,所有这些保障并不能去除司法与“统治”之间前面提及的根本对立。

另一方面,当“统治”放弃其随时准备介入个案的完全自由处分,并且制定出处理典型事务之方式的一般行政法规,特别是在某种程度上甚至不觉得本身受到此种法规的拘束时,那么,统治就和法创制相距不远。毕竟,人们总是期待政府受到行政法规的约束而视之为常态,相反的,若是“恣意而行”,至少在习律上总是要遭到非难。

“行政”的原始担纲者是家内支配(Hausherrschaft)。家内支配原本无所约制,在其中,权力服属者相对于家长(Hausherr)并无主观的权利,而家长对权力服属者所采取的行为,若有所谓客观的规范,也不过是来自巫术性制约的他律性反射。最起初,我们看到的是,家长在家共同体里原则上毫无约制的管理、氏族之间基于赎罪契约与证据契约的仲裁程序(Schiedsverfahren)[9],这两者并存的状态。只有在氏族间的仲裁程序里才论及“请求权”(Anspruch),亦即主观的权利,然后下判决;也唯有在此我们发现明确的形式、时限和见证规则,总之,“法律的”处置之萌芽。至于其理安在,下面会谈到。相

⑧ 英译者在此表示,一个英美的律师会认为此种诉诸行政裁判的权利毋宁是法律途径中寻常所见的。但是,就一个大陆法系的律师而言,韦伯认为此种权利的保护乃交付于法国或德国那种特别成立的行政法庭手中。保障公民以防止政府滥权的这种做法,实有异于采行普通法(Common Law)的国家所惯用的途径,不过倒也不能说是效果较差的一种。

⑨ “赎罪契约”(Sühnevertrag)相当于“诉讼契约”,“古罗马时期在仇对的事件上,若当事者愿依审判而和平地解决问题,首先由彼此缔结‘诉讼契约’(Streitgedinge,仲裁契约)。由原告自身来召唤被告,而无所谓根据职权而召唤的手续存在。原告提起告诉之时,法庭方才开始活动(‘无原告即无法官’,Kein Kläger, Kein Richter)。在诉讼过程中,完全没有职权主义的要素存在;判决也未包含履行命令,因此宣判后,当事人改而订立‘判决履行契约’,此时亦无所谓强制执行,而只由原告自力扣押”(《经济行动与社会团体》,页223,注10)。

反的,所有这些,在家长权力范围内的处置程序里,根本不存在。这正是“统治”的原始形态,正如同氏族间的仲裁程序是法发现的原始形态一般。两者亦依运作领域之不同而区隔开来。即使到了古罗马时期,司法权也得无条件地在家门口止步。

后面,我们将会看到,家内支配的原理如何超出其原始的范围而转进某种政治权力里——家产君主制;并且,也借此而转用于法发现当中。此种情形一旦发生,法创制、法发现与统治之间的界限通常就此打破。其结果可分两种,一则是:法发现在形式上和实质上皆带有“行政”的性格,并且如同行政那样没有明确的形式和时限,在权宜和公平的观点下,一径以支配者的决定与命令加之于服从者身上。此种状态从未彻底实现,除非是在极端的情况下;不过,类似的情形在“审讯”诉讼(Inquisitions-Proze)和诉诸“职权主义”(Offizialmaxime)的过程中倒是可以见到。[10] 反之,结果也可能是:“行政”采取诉讼程序的形式——这是广见于英国的现象,部分而言至今仍是如此。英国国会对于“私法案”(private bills)[11],亦即对于纯粹行政行为(例如给予特别许可之类)的处置方式,原则上和处理“法律案件”(Gesetzentwurf)并无不同,而这两个领域之无所区别,正是昔日国会程序的一大特色,并且也是国会地位之所以建立的决定

---

⑩　德国和欧陆一般的诉讼理论将法律裁判区分为两种,一是根据职权主义,一是根据协商主义(Verhandlungsmaxime)。若为前者,则审判由当职法官来主导,其功能在于确定实际发生的情形为何,因此只有或主要是他有权传唤和检验证人,并要求他认为有必要的证明。若为后者,则审判主要是由两造来主导,法官只担任裁定者的角色。两造的任一方都有权决定其所想要传唤的证人、想要询问的问题,并加以检证和交叉检证,也有权决定其所愿意提供的证据以寻求判决。其实,没有任一种审判实际上以其纯粹形式存在过。欧陆的法律诉讼,无论是民事或刑事,如今主要是依循协商主义,不过也在对职权主义作了某些让步之后而有所修正,尤其是刑事诉讼方面。

⑪　私法案是在关系当事人的请求下提交给议会的法案,此种法案仅涉及该个人以及地方团体的利害。

性因素。换言之,国会原本就是以司法当局的角色出现,而在法国更是演变成专门的审判机构。这种分界上的模糊,取决于政治的状态。不过,在德国,行政事项之一的预算⑫,也同样依英国的模式,以及政治上的理由,而被当作"法案"来处理。

另一方面,当团体机关的行事采取和个人之间的契约关系相同的形式时,"行政"与"私法"的对立就不是那么牢固。换言之,当团体机关有义务要和个人——不论是机关成员亦或他人——针对团体财产和个人财产之间的给付和反给付作成"协议"(契约)时,即是如此。这样的关系往往会脱离了"私法"的规范,亦即以偏离私法规范的方式(不论就内容而言,或就其保障的方式而言)被安排妥当,以致服属于"行政"的规范之下。⑬ 如此一来,当事者个人的请求

⑫ 韦伯将私法案和预算归类为"纯粹的行政事务",乃是依循德国的法律和欧陆的理论,亦即分别从形式面与实质面来界定法律。法律就实质面而言,意指立法授予国家涉入人民之生命、自由与财产的权力。法律就形式面而言,只是由立法机关所订定的一项法案,与其内容无涉。欧陆理解下的"法律规则"的一个前提假设是:国家若无人民或其真正选举出来的代表之同意,即不许干预个人的生命、自由与财产。因此,任何法律就实质而言必须是,或至少要立基于,立法机关的一项法案,换言之,就形式面而言的一种法律。正是这种法律规则的政治理论构成了欧陆国家所坚持的原则之基础:他们坚持所有的法律都必须以法条法规明白表示出来,也因此而拒绝承认任何并非基于法条而仅基于司法判例的"习惯法"的正当性。认为法律可以无须立法机关的同意且明示于法条而得以成立并应用于法庭上,所以可以由法官而不是由人民选举出来的代表来组成政府,这样的想法显然是背离欧陆传统的法律规则信念与民主信念的。

⑬ 例如在美国有适用于政府契约以及要求政府履行契约的特殊条款。政府契约的特殊地位,在法国甚至更为显著。在那儿,政府契约所遵循的特殊法条系统大半并不是由一般法庭基于法理所做出的,而是出自国会,并且,行政法庭亦服属于国会。另一方面,在德国和通行德国法系的国家里所遵循的财政理论下,政府契约被视同为私人之间所订定的契约,并且服属于一般法庭的裁决。公务员在执行公务时若有侵权行为时,亦比照办理。

权——当其唯有通过强制机会才受到保障的情况下——并不会因此而失去其作为“主观权利”的地位，两者间的区别不过是技术上的问题。即使如此，此种区别自然还是有其实际上的重大意义。譬如，在（古）罗马的“私法”里，如果我们只计入借着正规的审判人程序（Geschworenenverfahren）而依“法”（lex）追求的请求权，而未算入经由政务官的非常程序（Kognition）所处理的权利，那么必然完全误解了古罗马“私法”的整体结构。后面这种权利，有时候具有重大无比的实际经济意义。⑭

⑭ 罗马的诉讼程序一般划分为法律审理（in iure）和事实审理（in judicio）两个阶段。前者是在法务官和县官等政务官的面前进行，在此调查当事人有无诉讼资格和诉讼权、决定当事人之间的争议点，并指定承审员。后者则径由个人身份的承审员来审理事实、举出证据，从而作出判决。此即本文里所说的“正规的审判人程序”。上面的法律审理程序，早先固然是采取“法律诉讼”（legis actio）的形态，但不只用于有关被法律（lex）所承认的请求权上；由于布匿（Punic）战争以来急速的社会经济发展，此种形态已不足以应付，而逐渐以“程序诉讼”的办法来取代。“程序书”（formula）是由法务官所制作的简单的雏形文书，明示出作为判决基准的规范，据此，承审人在一定条件具足的情况下，对被告作出有罪的判决，否则即予被告免诉的处分。程序书并不执着于法律条文，而是针对有保护之必要的法律关系，而提举不同的内容，至于要采用何种程序书，则是以前述法务官的“告示”（edictum）为依据。程序诉讼原来是用于有外人涉入的诉讼上，但后来也转用于罗马市民间的诉讼，并于公元前150年左右，根据伊布提阿法（lex Aebutia），官方也承认了法律诉讼和程序诉讼的选择，最后，奥古斯都原则上废止了法律诉讼。在这点上（有关程序诉讼这方面），韦伯本文里所说的“依法追求”等，毋宁是有失正确的。

除了以上的一般诉讼程序之外，对于特别事件（例如扶养、信托遗赠等），则采用非常程序（cognitio extra ordinem）。此种程序并不划分法庭程序和审判人程序两个阶段，而是由政务官（或皇帝的官吏）亲自担当诉讼的全部过程并径下判决，此乃其特色所在；此种以行政手段来处理案件的情形，尤其广泛用于罗马的各行省。进入专制时代后，特别是在戴克里先时代，一般的诉讼程序被废止，而只采行非常程序。

四 “刑法”与“民法”

巫师和先知的权威,以及在某些情况下,祭司的权力——只要其来源为具体的启示——也如同家长的原始权力一般,可以解脱主观权利和客观规范的制约。对此,我们已部分有所说明,部分还待继续讨论。[15] 巫术信仰也是“刑法”(Strafrecht)——相对于“**民法**”(Zivilrecht)——的原始泉源之一。现今我们所熟知的区别是:在刑事司法里,为维护公家利益(无论是伦理上或功利上的利益),而对违犯客观规范者求偿,其方式是由国家机构里的机关对嫌犯科以刑罚,而后者享有正规诉讼程序的保障;反之,私人请求权的求偿则委诸被害者,但并非出之以刑罚,而是使结果回复到法律所保障的状态。不过,即使至今,此种区别也未必全然一致地贯彻到底。

原始的司法裁判并没有这种分别。即使到了法律形态高度发展的阶段,也还一直保留原来那种认为**任何**诉讼皆为对违法行为的诉讼(Klage ex delicto)的观念,对原始的法律而言,“义务”和“契约”是根本

---

⑮ 关于“先知”、“祭司”与“巫师”的不同,韦伯作了以下的说明:“我们必须了解‘先知’一词实乃意指一纯粹个人性之卡理斯玛禀赋的拥有者,他基于个人所负使命而宣扬一种宗教教说或神之诫命。……‘个人的’召唤乃是决定性的因素,先知与祭司即以此区分。祭司乃因其在一传统中的职务而要求拥有权威,而先知则基于个人的启示与卡理斯玛。几乎没有一个先知是属于祭司阶级一事,实非偶然。……与先知截然对立的是,祭司是基于职务而施予救赎的。至于先知,就像巫师,纯粹只靠个人禀赋以发挥力量。与巫师有别的是,先知布达清楚确定的启示,他传道的主题乃是教说或诫命,而非巫术。不过,表面上看来,两者之间的区分并非那么清楚:巫师经常是个博学的占卜专家而且有时就只擅长此道。在此一阶段,启示还是维持着神谕或解梦的功能。在初民社会,如果没有事先征询过巫师的意见,有关共同体关系的新规范是不可能被接受的。……先知预言是不图利的,服务是否免费,也是先知与祭司差异之所在。……”(《宗教社会学》,页59及以下)

不为所知的。像中国的法律至今仍显示出其法律发展中这种相当重要的事实之遗绪。[16] 氏族所要求的是族人的人身及其声称的财产不得受到侵害，倘若族外的人对此有任何的侵害，原则上氏族会寻求复仇或要求赎罪（Sühne），而此事则由受害者在族人的支援下遂行。

在氏族间的赎罪程序里，被要求复仇的犯罪（Frevel），跟只不过是要负起回复原状之义务的不法行为（Unrechtmäßigkeiten）之间，最初并没有区别，或者只见此种区别的萌芽。单是（就我们的概念而言）"民法上的"请求权追索，以及志在求取"刑罚"的公诉提起，两者在针对不法犯行的"赎罪"这个统一的概念里，之所以没有被区分开来，其实是与原始的法律与法程序里所见的两大特征相关联：

1. 毫不顾虑"罪责"（Schuld）的问题，因此对于反映"意图"（Gesinnung）的罪责程度也未加以考虑。渴望复仇者对于激起其复仇欲的他人行为，所在意的并不是其主观动机，而是客观结果——业已支配了他的感情。他的愤怒，不管是针对不意中伤到他的无生物，或是针对出乎意料之外使他受伤的动物，或者不知不觉中因为过失甚至故意伤害到他的人，全都一样是暴怒不已（这就是罗马法里的 actio de pauperie——动物做出了超出它原本应有行为之外的动作，以及 noxae datio——降伏动物的复仇，这两个条文的原始意涵）[17]。因此，任何的不法（Unrecht）都是负有赎罪义务的"犯罪"（Delikt），而且，再没有什么犯罪更甚于负有赎罪义务的不法行为。

2. "判决"的"法律效果"，亦即我们所说的"执行"的方式，也使得这种未加区分的情形持续下去。因为执法的方式并未因其为土地的

[16] 韦伯关于传统中国之法律的描述，参见《中国的宗教：儒教与道教》（增订版），页 153 及以下。

[17] actio de pauperie 是指动物做出违反其本来性情的动作而造成他人的损害（pauperies）时的加害诉权（actio noxalis）。此时，动物的所有人将此动物委付（noxae datio）给被害者以免其罪责。

争端或杀人事件而有所不同。“基于职权”而执行判决,本来就不存在,即使是赎罪程序还算井井有条的情况下,也往往如此。人们所期待的毋宁是利用神谕和巫术手段,借着发誓以召请巫术或神祇的力量来达成事实真相的裁判,此种裁判的权威在人们畏惧邪恶魔力的保障下着实具有效力,因为若不遵从判决即为重大的犯罪。凡是当此种赎罪程序采取以下的方式(由于一定的军事发展的结果,我们很快会讨论到),亦即,成为在司法集会人团体(Dinggenossenschaft)面前举行的法律过程(见诸日耳曼人的早期历史),而且全员作为“见证人”(Umstand)而参与判决的成立,[18]那么正由于此种参与见证的结果,因而或许可以预期,没有任何成员会对一旦作成而无异议(或即使有异议也无效果)的判决之执行有所阻扰。

不过,胜诉的一方除了这种被动的态度之外,再没有什么好期待的。于己方有利的判决,对方要是没能自动服从的话,那么胜诉者及其氏族就得靠自力救济的方式来解决。无论是日耳曼人或罗马人,此种自力救济的方式通常是这么进行的(不管是为了财物的争执或是杀人事件):以败诉者的人身来抵押,直到判决所确定的或

---

[18] 此即韦伯所谓的“司法集会人团体的法发现”(dinggenossenschaftliche Rechtsfindung)的程序,详见本书第三章第六节,以下附加若干说明。Ding 原来是定期集会特别是定期的审判集会(echtes Ding)之意,后来也把临时的审判集会(gebotenes Ding)包括进去,而成为一般对审判集会的称呼。在此集会里,有资格的司法成员(Dinggenosse)全体集合起来,由议长敦促特定者(判决发现人 Urteilsfinder, 审判人 Schöffe)提出判决的提案(判决质问 Urteilsfrage),在后者提出判决(判决发现 Urteilsfinden, 判决提案 Urteilsvorschlag)后,则由其他的全体集会人(见证人 Umstand)加以承认,并经裁判官宣告成立,而完成判决程序。不过,见证人当中若有人对判决发现人的判决提案有所异议,亦可对此判决提案提出非难(判决非难 Urteilsschelte),当判决非难发生时,最早是经由非难者与判决发现人的决斗,后来则根据上级法庭的裁决,来决定何者的主张是正确的。此外,此种程序或经此程序而被发现的法,亦被称为“睿智”(Weistum)。另参见《支配的类型》,页 31。

事后所商定的赎罪金清偿为止。君主或执政当局的公权力(imperium)[19],唯有在顾虑到维护和平可以获取政治利益时,才会介入惩治那些妨碍判决执行的人,并且以种种法律制裁、甚至放逐(Friedloslegung)[20]的方式来镇吓败诉者的反抗,最后则直接动用官职机构来执行判决。不过,所有这些皆未区分"民法"或"刑法"程序。

在某些法律体系里,亦即在独特的法律名家阶层(Rechtshonoratioren)[21]的影响下,我们将会看到,从古代的赎罪裁判发展延续下来的某些要素维持得最长久之处,以及"官僚体制化"最微弱之处,例如罗马法与英国法,这种完全未加区分的原始状态仍持续其作用,譬如表现于拒绝认可其目的在于要回具体对象的实物执行(Realexekution)。甚至请求土地所有权的诉讼,其判决原则上仍诉诸金钱。[22]

---

⑲ "公权力"的概念,见下述本文第六节,及第三章第四节。

⑳ 亦即置其于"丧失和平"的状态(Friedlosigkeit),这种制裁有两层含义:第一,否定其法律人格,逐出人类社会。包括其氏族在内,谁也不许对他加以保护。他的妻子成为寡妇,其子则为孤儿。第二,意指"迫害"(Acht),任谁都可以迫害他,可能的话最好杀了他。诸如侵害共同体本身利益的犯罪,亦即宗教犯罪和军事犯罪,或不履行诉讼义务,亦即不出庭应讯,皆得科以此种制裁。

㉑ 拉丁文 Honoratiores 一词意指"具较高名望者"。在德文里,Honoratioren 通常是在带点儿友善调侃的语意下用来称呼那些较受敬重的市民。英译者指出,在本文里韦伯是以 Rechtshonoratioren 来称呼一些阶级人士,他们一来以某种方式使得法律问题的从业工作成为一种特殊的专门知识,二来在他们的圈子里享有这样一种声望:他们力足以将某些独特的特征置入其各自社会的法律体系里。Honoratioren 我们一般译为"名门望族",有关其定义可参见《支配的类型》,第 10 章 20 节《"名门望族"的行政》,页 159—162。此处则译成"法律名家",其角色详见后出本文第三章节五节。

㉒ 关于这点,在罗马的"程序诉讼"时代盖无疑问,但在较早的"法律诉讼"时代是否尽是如此则有学说上的争议。例如作为法律诉讼方式之一的"请求返还式"里,根据卡普尼乌斯法(lex Calpurnia),除金钱债务外,凡要求返还一定物体者(certa res)亦可适用。又如英国的权利令状(writ of right)即非金钱判决,而是认可实物执行的。

这绝非市场经济高度发展——一切皆以金钱来决算——的结果，而是古老原则的归结——所有的不法，包括违法侵占，唯其赎罪是求，并且个人必须以其人身来担保。实物执行于中世纪早期在欧陆，相应着君主统治权快速蹿升的势力，而较早获得实现。反之，英国的诉讼直至最近仍须借着某些独特的法律拟制，方能使土地的实物执行得以遂行，这是众所周知的。在罗马，官职活动普遍的极小化——我们后面会谈到，此乃望族支配的结果㉓——毋宁是金钱裁决之所以持续下去而不采实物执行的原因。

五 “不法”与“犯罪”

同样的，原先，诉讼在原则上往往不只是以客观存在的不法为其前提，同时也包括被告的某种罪行；这对实体法也产生了极为深刻的影响。所有的“债务”（Obligationen）原先毫无例外的都是违法行为债务（Deliktsobligationen）；因此，正如我们后面会看到的，契约债务（Kontraktsobligationen）最初全都被视为因违法行为所造成：在英国，直到中世纪，契约债务在形式上仍与拟制的违法行为联结在一起㉔。债务原先并不由“继承人”加以继承的这个事实，除了根本没有“继承法”的观念之外，还另有缘由，亦即：借着最初是氏族成员、其次是家成员再次是（某种支配关系里的）权力服从者或权力保有者，对于不法负有共同责任的这条通路——随后发生极其多端的结果，我们下面会看到——方才发展出继承人对于契约债务的责任。

再者，诸如“手须护手”（Hand muβ Hand wahren）原则——面对所

㉓ 参见《支配社会学》，页 147，150，210。

㉔ 英译者认为韦伯的这项陈述太过浮泛，实际上应该只适用于损害赔偿的诉讼（assumpsit），而不及于契约、债务和非法侵占之诉（covenant，debt，and detinue）。

有者的诉求，善意的购买者须加以保护——这样一种现今交易里不可或缺的法命题(Rechtssatz)，同样是直接源自诉讼必然只是针对窃占及其收赃者、以违法行为为理由(ex delicto)而提出的原则。[25] 当然，此一原则随着契约诉讼的发展和区分"物的"与"人的"诉讼的发展，在不同的法律体系里走上极为不同的道路。譬如在古罗马法[26]、英

---

[25] 韦伯在此所引的是日耳曼中世纪的法律格言"Hand wahr Hand"，意思是当动产的受委托者将此动产转售给第三者时，动产的所有者只能针对受委托者提起告诉。譬如，动产所有者 A 将自己的动产借给或寄托给 B，而 B 却违反与 A 所定的契约而将之让渡给 C，而 C 又再将之让渡给 D，此时，A 对于现在的占有者 D 无法要求其动产的返还，而只能对 B 追诉契约违反的责任；也就是说 B 的手要守卫 A 的手之意。此一原则的旨趣，原本并不在于保护善意的第三取得者(C 或 D)。因为，动产的保有，是严格地以动产须置于自己的直接支配之下为条件，A 若将动产让渡给 B，则丧失此种保有，当然亦毫无要求返还的任何权利。以此，若 A 并不是将其动产出借或寄托 B，而是 B 窃取 A 的动产，再将之辗转买卖时，事情就完全不一样了。此时，若 A 在 D 之处发现自己的动产，那么他就可以一手攫取(anfangen)其动产并主张此乃其本身的所有物。D 则犯上窃盗的嫌疑，为了免除此一嫌疑，他就必须咬出前一个权利者(亦即 C)，如此一来，这回便是 C 带有嫌疑，所以 C 必然得咬出其前权利者(亦即 B)。以此，窃盗犯现出原形，并以此罪名遭受惩罚，出问题的动产则作为窃盗品而被返还给原来的所有者 A。窃盗情况下的这种程序，称之为 Anefang 程序，本来是为了发现窃盗犯人的刑事程序，A 得以回复其动产，可以说是此一刑事程序的反射效果。

[26] 在罗马法里，市民法上的所有权人，对于并无权限现在却占有该物者，具有"所有物取回诉权"。在法律诉讼时代，此一诉权的目的仅止于所有权的确认和目的物的归还，进入古典时代后，则除此之外，目的还在于让原告得以要求一旦占有即应取得的一切利益，包括损害的赔偿和必要时为了担保对象的归还而要求担保的提供。在罗马人的想法里，此种诉权是针对物本身的"对物诉权"(actio in rem)，而不是针对特定人的"对人诉权"(actio in personam)，所以在"诉求"(intentio)的部分，并不出示被告的姓名。此外，审判人在判决前可以劝告行文(clausula arbitraria)的方式来劝使被告归还诉讼对象，但被告若不响应此一劝告，则一径依照金钱判决的原则，判决赔偿原告所宣示的金额。直到查士丁尼大帝时代，由执行官员强制归还目的物的办法才获得公认。

国法[27]和相对于中国而言较为理性发展的印度法律里,即废除此一原则,而导入所有物返还诉权(Vindikation)。不过,英国与印度的法律后来又为了计及交易的安全和保护公开市场上的买卖,而再度理性地重新订定出善意取得者的保护原则。此一原则之不为罗马法与英国法——相对于德国法——所采纳,则又是交易上的利害关系能够顺应形形色色的实体法的一个例子,并且从中亦可看出法律发展十足的固有法则性。在法兰克王国时代的法律范例集里,关于不动产诉讼有"malo ordine tenes"(汝非法占有)的条文——尽管这样的解释未必确实无误[28],或许也可视为诉讼必须要有违法行为之存在的一个例子。

相反的,罗马法里具有两面性的所有物返还诉讼和希腊的 Diadikasie 及结构截然不同的日耳曼的不动产诉讼,可能又是另一回事。我们或可这么推论:这些诉讼原本全都是身份诉讼(Statusklage),目的在于厘清某人是否基于其拥有土地而被承认具有完全资格成为共同体之成员的问题[29],此时,贯通其中的是特别的法律原

[27] 关于英国的法律,参见 Pollock and Maitland, *The History of English Law*, vol. 1, p. 149—183, esp. p. 166 et seq., p. 175 et seq.。

[28] "法律范例集"(Formeln, formulae),为法兰克王国时代的作品,收集了为作成证书所需的书式范例。"malo ordine..."的条文,除了法律范例集之外,也出现于许多的部族法典里,一般都作本文所述的解释。例如,H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 2., 2. Aufl., S. 672。

[29] 根据韦伯的说法,"认为土地所有乃基于伙伴权(Genossenrecht)——以其为战士共同体的一员为基础——而来的这个想法……后来仍呈现于古典时期的法律的所有权诉讼形态中。希腊在古典时期的法律,也和罗马早期的所有权诉讼一样,并不知道所谓基于土地所有权和继承权的单方面的主权诉讼。关于土地所有权和继承权……毋宁是依循着 Diadikasien 诉讼的办法——根据相对于对手的所有权主张之己方的所有权主张(Kontravindikation)——来判断哪一方比较具有正当的权利并根据先例来作决定"(M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, S. 97—98)。

则。[30] 毕竟，"fundus"意指"伙伴、成员"（Genosse），而"kleros"（克里娄）意指"成员的持分"。[31]

就像由官方来执行判决的情形原本并不存在一样，原来也没有所谓"基于职权"的犯罪起诉。另一方面，在家内支配里，惩戒乃是奠基于家长的家权力。氏族成员间的纷争则由氏族长老来定夺。不过，所有这些惩戒与定夺的理由、方式与发落程度，全都在于权力拥有者的自由裁量，因而根本没有"刑法"的存在。家之外，刑法有了原始形态的发展，特别是当某人的行为危害到他所属的邻人团体、氏族团体或政治团体的**整体**成员时。此种情形可能来自两种行为：宗教犯罪（Religionsfrevel）和军事犯罪（Militärfrevel）。譬如违犯某种巫术性规范（例如禁忌），将会引起巫术力量、鬼灵或神祇的愤怒，而且魔咒将不只降临于犯罪者身上，连他所容身的共同体都将受到波及。对此，巫师或祭司则发动共同体成员对他采取放逐、行刑（像犹太人的投石刑）或其他的宗教赎罪程序。宗教犯罪可说是我们所谓的"内部刑罚"（interne strafe）的一个主要来源——相对于氏族之间的"复仇"（Rache）。"内部"刑罚的第二个主要来源则是政治的——因此原本是军事的——犯罪。凡是背叛、怯懦或（当军纪出现之后）违犯军纪而危害到军事团体之安全者，多半经由极为简易的程序确定事实后，即遭到军事首领和军队的刑罚制裁。

---

[30] 详见第二章第二节。

[31] "克里娄"原来是"签"的意思，原始共同体乃依据签引来分配其所有的土地，以此转而指称希腊市民世袭的私有地。"fundus"是意指"土地"的拉丁语，韦伯认为这原本是对应于希腊之"克里娄"的概念，含有"伙伴权"（Genossenrecht）之意，并举出"在意大利的同盟城市的同盟法里 fundus fieri 一词意指司法成员（Rechtsgenosse）"的这个事实来加以佐证（M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, S. 216—217）。

六 “公权力”、“权力限制”与“权力划分”

不过,复仇倒是个出发点,可以直接走向形式明确且规则清楚的“刑事程序”之路,其理安在,下面便会明白。家父长和宗教与军事上对于违法行为的制裁,起初原则上并无形式和规则可言。此种情况,在家父长权力这方面,一般说来一直没有改变。在某些情况下,家父长权力首先会因为氏族权力、其次是宗教权力和军事权力的介入而受到限制,然而在其支配范围内极少受到法律规则(Rechtsregeln)的束缚。

相反的,各种原始的家外权力,包括被转用到各种家外关系上的家内支配权力(“家产制君主的”权力),亦即我们想要以“公权力”(imperium)这个共通的名称来统括起来的所有非家内的权力,逐渐地、因此也程度有别地受到规则的束缚。至于这些规则从何而来,在什么程度上是公权力的担纲者依自己的利益所制定,或者考虑到服从的实际限制而不得不这么制定,或者甚至是由其他的权力来加以制定,所有这些我们暂且不予讨论,因为这属于支配的课题。任何公权力通常都包括惩罚的力量——在过去用得比现今更广泛——尤其不单是直接以实力来去除不服从,并且更以不利于对方的威吓手段来令其屈服。此种惩罚力量可用之于公权力担纲者下属的其他“机关”(惩戒权力, Disziplinargewalt),也可用之于“臣民”(刑罚权力, Bußgewalt)。在这点上,“公法”直接触及“刑法”。不过,“公法”也好,“刑法”、“刑事诉讼法”、“宗教法”也罢,若要作为学术考察的个别对象,至少要在上述这些规则——作为具有实际约束力的妥当规范之总体——确实存在无误的情况下,方能成立。

这些规范通常是意味着对各确切领域的公权力的限制,虽然在另一方面,并不是任何一种限制都具有“规范的”性格。这样的限制

可分为两大类:(1)权力**限制**(Gewaltbegrenzung),(2)权力划分(Gewaltenteilung)。(1)权力限制出现在,某具体的公权力由于神圣的传统或基于制定法、而与公权力服属者的主观权利有所冲突时。此时,权力拥有者只能发布特定种类的命令,或者,具有发布各种命令的权限——除了某些特定种类之外,并且在一定的前提条件下方可发布;唯有如此,所发布的命令才具有正当性与约束力。至于这样的限制是属于"法律性的"(rechtliche)限制,或"习律性的"(konventionelle)限制,亦或"惯习性的"(gewohnheitsmäβige)限制,则取决于是否有一个强制机构来保障此一限制得以遂行(无论其强制手段是多么力不从心),或者只能借着习律性的非难来加以限制,亦或最终连基于共识的限制都没有。(2)权力划分出现在,某种公权力与其他旗鼓相当的或就某方面而言位于其上的公权力发生冲突时,并且从后者的妥当性当中,呈现出此种公权力的限制所在。

(1)与(2)这两种限制,可以同时并存不悖,并且,根据"权限"而构组的近代国家机构的特色,正是奠基于这两者的结合。近代的国家机构,就其本质而言,是经由一定规则选拔出来的公权力担纲者的结合体(anstaltsmä Bige Vergesellschaftung),这些特定的公权力,对外借着权力划分的一般原则而互相限制,同时,其整体则通过权力限制的规则而形成其本身命令权力之正当性的内在限制。

不过,权力划分也好,权力限制也罢,两者都可能具有和近代国家机构特色独具的形式极为不同的结构。权力划分这方面尤其如此。如同后面会谈到的,权力划分的结构,在古罗马的"同等及上级权力"(par majorve potstas)的介入权里[32],又或在家产制、身份制、封

[32] "从历史的角度来看,合议制有两层主要的意义:(a)合议制里,同一职务有几个任职者,或者是由一群权限范围是直接竞争、而每一个又都拥有彼此否决权力的官员所组成。此类合议制主要是借技术上的分权,而达到尽可能缩

建制的政体里,都是截然不同的。[33]

然而,诚如孟德斯鸠所说的,唯有通过权力划分,“公法”的概念方有可能[34];只不过真正了解这个命题的话,就知道权力划分的形态不见得必定是他认为在英国已发现到的那一种。另一方面,并不是任何一种权力划分皆能产生出公法的观念,除非是合理的国家机构所特有的那种。关于公法的学术理论,之所以只有在西方发展出来,原因在于唯有西方的政治体方才完全具备理性分派权限和权力划分的机构性格。在古代,就其已有合理的权力划分之存在而言,是具备理论性的国家法的,譬如各个罗马官员的公权力理论便是颇具学问地构思出来的。除此之外,基本上全属国家哲学,而非国家法。中古时期所知的权力划分,只不过是各种主观权力(特权或封建请求权)的竞争,因此并没有特别涉及国家法的处理。有的话,也只不过是潜

(接上页)小支配的目的。最典型的例子是罗马执政长官的合议制。其制度最重要的意义在于:每个政务官的法令会受制于拥有同等权力(par potestas)的官员,因此大大限制了任何个别政务官的权力。政务官的职位仍然只是一个,只不过是同时有数人出任此职。(b)第二种类型是关系到合议式的决策。在此类型中,行政法令只有依照无异议或多数决的原则——由大多数人合作通过的才有正当性。此型合议制目前最盛行,虽然古代世界也有过。”(参见《支配的类型》,页 137—138)古罗马时代,两名执政官(consules)彼此拥有同等的权力(par potestas),可以彼此独立地行使其权力,不过,其中一位执政官的职权行为亦可因另一位执政官的介入而遭到禁止。并且,执政官对于各种政务官(除了户口总监 censor 之外)拥有上级的权力(maior potestas),不只可以介入这些政务官的职权行为,从而禁止其职权的施行,还可以对这些拥有下级权力(minor potestas)的政务官直接下达命令,并强制命令的遂行。

[33] 家产制的权力划分,参见《支配社会学》,页 117, 123—124, 185;封建制的权力划分,参见同书,页 175 及以下;身份制的权力划分,参见同书,页 180 及以下,及《支配的类型》,页 41 及以下,页 49。

[34] Montesquieu, *Spirit of the Laws* (Nugent transl., 1949), p. 151.

藏于“采邑法”(Lehensrecht)[35]和“家人法”(Dienstrecht)[36]当中。

直到以下数种契机结合之后，公法的决定性法学概念方才产生出来，亦即：在现实世界里，特权者在身份制国家的形态下公开合作而结合体化，而此种身份制国家逐渐将权力限制和权力划分与机构性的结构加以结合；在理论基础上，则本诸罗马的法人概念、自然法，以及最后，法国的法学理论。关于近代公法的发展，必要时将于讨论支配问题的章节里论及。因此，下面我们主要是要来探讨与经济直接相关的领域——现今归之于“私法”与“民事诉讼”的领域——里的法创制与法发现。

七　“法律”与“诉讼”

按照我们现今的法学思维习惯，政治团体的活动在“法律”方面分为二大范畴：“法创制”(立法)与“法发现”(司法)，后者是纯粹技

---

[35] 采邑法是有关“采邑封建制”的法律。关于采邑封建制，参见《支配社会学》，页159及以下。有谓采邑法在中古时期就其机能而言为公法的说法，然而此种采邑法其实并不是一种客观的规范体系，而是封主与封臣之间一个个采邑契约的总体而已。

[36] Dienstrecht又译为“服务法规”，是关于家人与其主人之间的关系的法规。采邑法是封建制支配关系的法律，而家人法则为家产制支配关系的法律。“家人”(Dienstmann)及“家士”(Ministeriale)乃非自由人出身者，受其主人分派出任重要的家职或军事勤务。在其职务的性质上，他们无法直接从事生产劳动，原则上是由主人授予土地(Dienstland“家人领地”，Dienstlehen“家人采邑”)，以此维持生计。由于其原来为非自由人，故其任免或家人采邑的予夺，原则上皆属主人的自由。虽然如此，他们由于被授予土地而占有一种领主的地位，特别是当其主人为国君时，他们所受领的职位甚至可升至宰相等最高官职，所以渐次高出一般自由人之上，至13世纪时，已稳稳占有下级“贵族”的地位。所谓“骑士”的泰半部分，多为此一阶层的出身。有关“家士”、“家人法”或“服务法规”，参见《支配社会学》，页101—102。

术上的"执行"问题。不过,说到"法创制",我们现今指的是一般性规范的制定,这些规范在法律家的说法里,无不具有某种(或多种)合理的"法命题"(Rechtssatz)的性格。至于"法发现",我们指的是将那些被制定的规范和透过法学思考的工作而从那些规范导出的一个个"法命题","适用"到"含摄"在这些命题下的具体"事实"上。不过,这绝不是法律史上的任何时代都通行一致的想法。

法创制——"法律规范"的制定,与法发现——将这些规范"适用"到各个案例上,两者间的分别,在一切司法均为"行政"之处(就其随个案而自由下决定的情形而言),并不尽然存在;于此,不仅没有法律规范,连同要求将此规范"适用"到个案上的主观权利亦荡然无存。另外,在客观的法律被视为主观的"特权"之处,以及这种想法——将客观的法律规范之"适用"视为主观的权利要求之基础——尚未兴起之处,两者的分别亦不存在[37]。还有,一旦法发现并非将一般法律规范运用到具体案例上——亦即借由个案之含摄于规范下的办法——之时,亦无两者之分别。此乃所有非理性的法发现里具有的现象。正如我们后面谈到的,此种非理性的法发现,无非是法发现一般的原始样式,并且,除了罗马法的适用领域之外,若非全面性地、至少也是片面地支配了所有过去的时代。[38]

同样的,(借法发现而被加以适用的)法律的规范和法发现本身的程序的规范,也如同现今的实体法与诉讼法之间的区别那样,不一定总是那么判然分明。举凡诉讼乃奠基于公权力对诉讼训令(Prozeβinstruktion)[39]发挥影响力之处,例如古罗马法,又或技术上截

---

[37] 参见下述本文第六章第二节。

[38] 参见下述本文第三章第四节。

[39] "诉讼训令"即法务官交付给审判人的"程序书"的内容(参见注 14)。此种训示即基于法务官的公权力(家外权力)而被赋予,裁判亦据之而行。

然不同的英国法律，很容易便得出这样的观念：实体法的请求权和使用提诉形式——罗马法的“诉权”(actio)、英国法的“令状”(writ)——的权利，两者并无二致。因此，事实上，古罗马的法律体系并不是以我们现今的方式来划分诉讼法与私法。

其次，基于别种理由，也会发生至少与此类似的混淆，换言之，就我们的概念而言，诉讼法的问题和实体法的问题之间，在法发现乃奠基于非理性的证明手段——发誓、赌咒及其原始的巫术意涵、神判——时，便会混淆不清。此时，做出此种带有巫术意涵的行为，似乎成为实体法的请求权的一部分，或者很容易就变成其本身。虽然如此，关于诉讼的规范和实体法的规范之间的区别（在中世纪时）总算借着诉讼法书(Rechtsteig)和法书(Rechtsbuch)的分殊而明朗起来，[40]其清楚的程度并不亚于古罗马法的体系化成果[41]，尽管口径各自有别。

八　理性的法律思维的诸多范畴

如前文所述，法律领域里为我们所熟知的各种基本概念，在分

---

[40] “法书”是指私人——并非基于官方的委托——对某地方的习惯法加以记录的著作。《萨克森律鉴》即为日耳曼最重要的一本法书：Eike von Repgow 于 1215—1235 年间完成的作品，所记载的是奥斯特法伦地方的法律。“诉讼法书”也是法书的一种。14 世纪中叶左右，布兰登堡的宫廷裁判官 Johann von Buch 为《萨克森律鉴》作注释，并以此为本，特别加强诉讼法部分而写成 *Richtsteig Landrechts*（普通法的诉讼法书），后来又有 *Richtsteig Lehnrechts*（采邑法的诉讼法书）出现，著者不明。

[41] 盖尤斯(Gaius, 117—180)的《法学提要》(*institutes*, 又称《法学入门》、《法学阶梯》，约于 161 年左右写成)，是以“人法”(ius personarum)、“物法”(ius rerum)、“诉讼法”(ius actionum)之顺序来纂写，为呈现此种体系现存最古老的书。此一体系亦为查士丁尼大帝所承袭，虽然后来 18 世纪的自然法论者认为不无问题，但诚然是中古及近世所通用的。

化的方式上乃高度取决于法律的技术及政治团体的结构，因此，经济的因素仅占间接的地位。经济因素的作用表现于：基于市场共同体关系与自由契约的经济理性化，以及借着法创制与法发现来调解的利益冲突的日益复杂化，在强烈地激发法律分门别类地理性化发展，并且促进政治团体往组织化机构的方向发展。这是我们总要一再面对的课题。至于其他纯粹经济性的影响，仅限于具体的事项上，无法归纳出一般性的规则。另一方面，我们也会反复看到，由法律技术和政治的各种契机所形塑出来的法律特性，也反过来强烈地影响到经济的体质。以下我们将仅就影响到法律、法创制与法发现之一般形式特质的最重要的一些状况，提出简短的说明。在这些特质当中，我们所特别关注的毋宁是法律的**合理性**的量与质的问题，尤其是与经济相关的法律（亦即我们现今的"私法"）。

法律之为"理性的"，有种种意涵，全视法律思维是往哪一个方向理性化而定。首先，从（看似）最初步的思维运作开始，亦即所谓的**通则化**（Generalisieren），意思是：把决定个案的各种典型理由化约成一个或数个"原则"，此即"法命题"。通常，要进行此种化约的条件是：先行或同时将事实的终极构成部分，亦即在作法律判断时会考虑到的部分，作出分析。反之，如此提炼出的越来越赋予多的"法命题"，也会反过来限制住事实潜在相关的各种特质。换言之，这样的做法有赖于、同时也促进了**决疑论**（Kasuistik）。不过，并非所有发展成熟的决疑论断的办法率皆导向逻辑上高度精纯化的"法命题"的发展，或两相并进。法律的决疑论的很大一部分毋宁是基植于单是排比下的直观联想，亦即"类推"（Analogie）。

在我们的法律体系里，由各别案例的分析而获得"法命题"的工作，与"法律关系"和"法律制度"的"法学建构"的综合工作，其实是携手并进的。这项综合的工作在于确认：在某种以典型方式发生的共同体行动或共识行为当中，哪些方面是与**法律**相关的，并且，这些

相关的构成部分是以何种毫无矛盾的方式而被认为是受**法律**所规制的,换言之,构成一种“法律关系”(Rechtsverhältnis)。所以,这种综合的工作与前项(分析的)工作是紧密关联的,不过,极度洗练的分析也有可能和极为有限的概念建构——将涉及法律的各种生活关系加以概念化——并行不悖,反之,尽管分析工作的发展微不足道,有时甚至正因为纯粹分析的停滞不前,“法律关系”的综合工作实际上还是取得相对令人满意的成果。后面这种矛盾实肇因于:分析的工作往往会衍生出进一步的逻辑要求,亦即**体系化**(Systematisierung),而这项体系化的作业虽然和综合性的“建构”工作基本上可以相容,但事实上经常出现紧张关系。无论是怎样的一种体系化,皆为法学思维模式后期的产物。原生的“法”,对此一无所知。按照我们现今的思考习惯,体系化意味着:将所有透过分析而得的法命题加以整合,使之成为相互间逻辑清晰、不会自相矛盾、尤其是原则上没有漏洞的规则体系,这样的体系要求所有可以想见的事实状况全都合乎逻辑地含摄于体系的某一规范之下,以免事实的秩序缺乏法律的保障。至今,并非所有的法律体系皆槅橥这样的要求(像英国的法律就没有),而过去则更是少之又少。即使曾经做过,其体系的逻辑推演程度也往往极端肤浅。一般说来,体系化主要是将法律素材加以编整的一种外在的规划架构,对于法命题的分析性形成方式和对于法律关系的建构,仅有些微的影响。近代特有的(顺着罗马法发展出来的)体系化,实以法命题和法律上重要作为(Sichverhalten)的“逻辑性的意义解明”(logische Sinndeudeutung)为其起点[42],反之,法律关系及决疑论却常与此种运作相抗争,因为它

---

[42] 法律上的重要作为英译作 social actions。此种“体系化”的近代形态特别是经由 18 世纪的自然法学者及 19 世纪的德国罗马法学者的努力而臻于精致洗练之境。

们原本是从“活生生的”事件表征里蕴生出来的。

在法实务当下所必须运用到的技术手段，自然有种种不同，这些手段上的差异性和上述所有的这些矛盾，部分是彼此相关联，部分则交错重叠。其最单纯的情况如下：

法创制和法发现可能为理性或非理性的。在形式上，其为非理性的情况是：为了顺当处理法创制与法发现的问题而使用理智所能控制之外的手段，譬如诉诸神谕或类似的方式。在实质上，其为非理性的情形是：全然以个案的具体评价——无论其为伦理的、感情的或政治的价值判断——来作为决定的基准，而非一般的规范。同样的，“理性的”法创制和法发现，也可能是在形式上或在实质上。所有的形式的法，至少在形式上，相对而言是理性的。法律之为“形式的”，是指无论在实体法上或诉讼上，唯有真确无疑的一般性的事实特征才会被计入考量。不过，这种形式主义可能具有双重性格。其中，法律上重要的事实特征可能具有可以感官直接感受到的性格。例如，说出某些话语、签名盖章，或做出某种意义上绝对不会弄错的象征性行为等，这种对于外在表征的执着，代表法律形式主义最为严苛的一种。或者，法律上重要的事实特征借着逻辑推演而解明含义，并且以此而形成明确的、以相当抽象的规则之姿态出现的法律概念，然后被加以适用。在这种逻辑理性之下，直观式的形式主义的严格性被削弱了，因为外在表征业已失去其一义不二的明确性。不过，却也因此而升高了与**实质**理性的对立。因为实质理性正意味着：特质别具的规范——有别于透过逻辑性的通则化（亦即经抽象的意义解明）而得来的规范——对于法律问题的决定理应具有影响力。换言之，诸如伦理的无上命令（Imperative）、功利的或其他目的取向的规则、政治准则等，率皆能破除外在表征的形式主义及逻辑抽象的形式主义。然而，法律之所以可能达成现代意义上的那种特殊专门的、法学上的提升纯化，唯其因为其具有形式的性格。

感官的事实表征的绝对形式主义一旦当道，则此种法的纯化亦将自限于决疑论。解明意义的抽象手法才能让特殊的**体系化**工作得以进展，换言之，借着逻辑手段，将一个个被承认有效的法律规则统合起来，理性化成为一个毫无内在矛盾的、抽象法命题的综合体。

现在我们要来看看，参与法律形成的各种力量是如何影响法律的形式特质的发展。当今的法学研究，至少就其形式而言已达到最高度方法论理性与逻辑理性的法学研究，亦即基于普通法学所作出的法学研究，乃是从下面几项假定出发的：(1)任何的法律决定率皆为抽象法命题之“适用”于具体“事实”上；(2)对于任何具体事实，必然皆能透过法律逻辑的手段而从现行的抽象法命题当中得出决定；(3)因此，现行的客观的法律，必然是法命题的一个“毫无漏洞的”体系、或者潜在内含着这样一个体系，或者至少为了法律适用之目的而被当作是这样的一个体系；(4)凡是未能在法学上被理性地“建构”者，即和法律无关紧要；(5)人类的共同体行动全都必须被解释为法命题的“适用”或“实现”，或者反之，解释成对法命题的“违犯”（这个结论特别是史塔姆勒［Stammler］所主张的，尽管并没有明示出来）；[43]因为，相应于法律体系的“绵密无缺”（Lückenlosigkeit），“在法律的规制之下”（rechtliche Geordnetheit）也理应是所有的社会事象的一个基本范畴。

我们首先要关心的并不是这些思想上的假定，而是要好好考察一下（就其机能而言具有重要性的）法律的某些一般性的形式特质。

---

[43] 例如 R. Stammler, *Wirtscht und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 4. Aufl., S. 541。

第二章

主观权利的设定的各种形式

一 “法命题”的逻辑范畴、“自由权”与“授权命题”、“契约的自由”

当作为“法形成”之担纲者的所有其他团体全然消融于单一的国家强制机构里，且此一国家机构如今要求其本身即为所有“正当的”法的来源时，此种状态会以，法律为法利害关系者之利益——尤其是经济利益——而服务的形式，独特地表现出来。前此，我们也曾说过[①]，某一具体权利的存在不过是指个人——根据“客观的”法

① 见《经济行动与社会团体》，第2篇第1章〈经济与社会秩序〉第2节第3小节“习律、习俗与法律之间的流动过程”，特别是页229—233。

律而被赋予"主观权利"的个人——一定的期待不至于幻灭的机会有所增加罢了。在此，我们仍然认为，个别的法利害关系者的这种"主观权利"的设定，通常不外是如此。不过，若就社会学的观点而言，这又和下面的情形之间存在着变动不拘的过程，亦即：受法律所保障的机会，只不过是以一种"行政法规"之"反射"的方式赋予个人。换言之，个人并未被赋予"主观权利"。

以此，对于某物或某人实际握有处分力者，便得以透过法律的保障而使其处分权的持续获得特殊的确定性，从而受到某种承诺的人，法律保障亦会给予他上述的承诺被履行的确定性。其实这就是法律与经济之间最基本的关系。

不过，这并非两者间唯一的可能关系。法律毋宁更可发挥出下述功能——依社会学的说法即：强制机构的行动借着经验妥当的秩序而达成如此成果。亦即：在法律的强制作用下，一定的经济关系，诸如经济处分力的秩序、基于协议的经济期待的秩序等，方得以成立。换言之，客观的法律特别为此目的而被理性地制定出来。当然，这是以"法律"发展的一种相当特殊的状态为前提的，关于这个前提我们有必要先来探讨一下。

从法学的观点来看，现代法律是由"**法命题**"（Rechtssatz）所构成的，所谓法命题即以一定的事态将招来一定的法律后果为其内容的抽象规范。"法命题"最普通的分类，诚如所有的规范秩序的分类一样，分别为"命令的"、"禁止的"和"容许的"法命题，从中产生个人命令、禁止或容许他人做某种行为的主观权利。针对他人行为的这种受法律所保障与限定的力量，在社会学上，相对应于以下的期望：⑴他人应该会有某种作为；或者，⑵他人应该不会有某种作为——这两者即"请求权"的两种形态；或者，⑶人们可以在不受第三者的干扰下做某事，或者随兴爱做与不做的自由，此即"授权"（Ermächtigung）。任何主观权利都是一种权力来源，此种权力可以

借着某一法命题的存在，而于个别情况下赋予原本若无此法命题即毫无权力者。仅就此而言，法命题即成为共同体行动内部产生出全新状况的泉源。

不过，这并不是此处讨论的重点，我们要谈的毋宁是个人的处分权范围透过某类型的法命题而在实质上的扩大。上面提到受法律所保障的期望的最后一种，即"授权"，其范围与性质，总的来说在现今对于经济秩序的发展至关紧要。授权包括两种。其一即所谓的"自由权"(Freiheitsrecht)，这在法律容许的行为范围内径直保障个人免于第三者一定种类的干扰，特别是来自国家机构的干扰(诸如:迁徙的自由、良心的自由、自由处置所有物的权利等)。第二种授权的法命题则授予个人随己意愿依法在一定限度里自律地调整自己与他人的关系。法律秩序一旦容许此种自由意愿，"**契约的自由**"(Vertragsfreiheit)这个原则即可达成。契约自由的大小，换言之，法律行为的内容被强制权力保证为"有效"的大小程度，也就是说，"授权"依据此种法律行为来作处分的法命题在法秩序整体中所占的相对分量，毋庸置疑的就是市场扩大的一大关键。在盛行无交换的自足经济之处，法律自然更强烈地发挥出这样的功能，亦即：将个人出生、受教育或依纯粹经济管道之外的途径而被纳入社会的种种处境，通过命令的和禁止的法命题，限定成对外划清界限的一个法律关系的复合体(Komplex)，并且因而指定给个人一个"与生俱来的"自由领域，或根据经济以外的契机而划出的自由领域。

"自由"在法律上看来，就是拥有权利的意思，无论是实际的或潜在的权利。不过，在没有市场的共同体里头，权利当然主要并不是基于个人所缔结的"法律行为"(Rechtsgeschäft)，而是直接奠基于法律本身之命令和禁止的法命题。反之，交换，在法秩序的支配下，便是一种"法律行为"，亦即法律请求权的取得、让渡、放弃与履行。市场每扩大一步，这样的行为就进一步增加与多样化。然而，契约

的自由无论在怎样的法秩序下都不是无限的，换言之，法律并不是对任何的合约内容都提供其强制保障的。对哪些合约内容提供强制保障，对哪些则不提供，毋宁是各个法秩序的特色所在。就此而言，许许多多的利害关系者都具有决定性的影响力，各依不同的经济结构而定。市场愈扩大，市场的利害关系者就愈是独具影响力。其影响力现今决定了哪些法律行为该由法律透过授权命题来加以规范。

广泛的“契约自由”在现今是普遍的状态，但绝非历史惯常所见。并且，即使有了契约自由的存在，也并非一直都是在其现今具支配性的领域里发展。昔日出现过的契约自由绝大部分毋宁是在其现今已不再具支配性或支配程度大不如前的领域里获得发展。我们将简单地描绘一下这样的发展阶段。

和昔日的法律相较起来，现代的法律生活，特别是私法方面，最基本的实质特性究属法律**行为**、特别是**契约**显著增长的意义——因其作为法律强制所保障的请求权之泉源。这一点在私法的领域里表现得独具特色，我们甚至可以直接——只要涉及私法的领域——将今天这种共同体关系称之为“契约社会”（Kontraktgesellschaft）。就法律观点而言，个人正当的经济地位，亦即在法律上正当取得的权利和正当义务的总体，一方面取决于财产的继承，亦即基于法律承认的家族关系而获得的财产继承，另一方面则直接或间接取决于个人所缔结的或借其名所缔结的契约。

不过，在现今的社会里，继承法仍是取得正当权利的那种模式——过去一度是或几乎是唯一的一种正当权利的取得模式（尤其是在经济领域里）——最为重要的残留物。因为，在继承法的领域里，对个人而言重要的是事实基础，而此种事实是个人本身的法律行动（至少原则上）怎么也发挥不了影响的，而且毋宁是个人的法律行动既有的起始点。换言之，个人之所以属于某个人群团体，一般而言无非是奠基于其“出生”为某个家庭的成员，亦即基于其由法律所归

属的自然关系。因此，在社会与经济秩序里，这种归属性就好像是附着在他身上的社会“素质”(Qualität)。换言之，与其个人行为无关，而是基于共识或强制秩序，在私法上呈现为原本“就是”如此，与其意图借着社会关系的行动而建立起什么私法上的“关系”全然无关。

此种对立自然也是相对的，因为继承请求权也可以借着契约(继承契约，Erbvertrag)②来建立，并且，若是根据遗嘱来继承的话，取得财产继承的法律基础并不在于是否归属于亲族集团，而在于被继承者单方面的处分力。只不过，继承契约现今并不经常用到，普通用到的情况(在许多法系里，例如奥地利)，无非是夫妻间的继承契约，而且多半是在缔结婚姻之际为了同时得以规制新配偶间的财产关系而加以订定，换言之，这与家族关系的成立相联结。此外，大部分的遗嘱，在现今，除了被认为是礼仪上应尽的义务性赠予之外，目的无非是为了在经济的必要下——因应财产构成的方式或个人的人际关系而产生的经济必要性——平衡家族成员的利害关系。况且，订立遗嘱的自由，至少在英美法系之外的地区，由于最近亲者的继承持分权而受到严格的限制。至于在古代和现代的某些立法里对于遗嘱的自由有较大幅度的承认，以及过去在家族的领域里契约性的协定比起现今更具重大意义等，这些现象的意义何在及其消失的理由为何，将在别处讨论。③ 目前，根据当事者的自由意愿而自行依个别情况自由选取内容的法律行为，其重要性在家族法与继承法的领域里相对而言较为有限。

② “继承契约”是以设定继承权和排除法定继承权为目的而缔结的契约，中世纪以来即被广为利用，在德国法系的近代民法法典(包括法国民法法典)中亦有此规定。设定继承权的契约，诸如夫妻相互间的继承契约、高级贵族家庭相互间的继承兄弟契约(Erbverbrüderung)等；放弃继承权的契约则于将财产分给子女之际要其放弃将来的继承权时使用。

③ 参见本章第三节后半部分。

在公法关系的领域里，契约式的协定，即使纯就量的方面而言，如今的地位确实一点儿也不小。因为所有官吏的任命无不依契约而行，并且宪法上的某些行政管理的过程特别是预算的确定，即使形式上未必是、但实质上可说是以国家机构的各个独立的机构之间的自由协商为前提，在法律上任何机构皆不能强制其他机构。不过，和私法上自由订定的契约有所不同的是，现今的官吏任命契约，在法理上普通并不被视为法律所规定的官吏义务的“起因”，而是官吏服属于服务权力关系(Dienstgewalt)的一种行动。此外，确实是自由协商出来的预算，也不被认为是“契约”，而这样的协议一点也不算是法律上重要的过程。道理在于(而且是十足的法学理由)：“主权”(Souveränität)乃是现今国家机构的基本属性，并且国家机构乃为“一体”，而其各机构的行动则为义务之举。今日，自由契约在公法关系的领域里主要是以国际法(Völkerrecht)为其场域。

不过这样的观念并非每个时代都有，而且也不合于过去的各种政治团体间的实际关系。的确，依循我们刚刚所举的例子，官吏的地位在过去比现今更少是基于(作为原因的)自由契约，而毋宁是更加基于其服属于全然私人的、家族式的支配者权力，这点我们稍后会谈到。[4] 然而，其他的政治行为，例如为了公家的缘故而筹措资源，以及其他许多行政管理行为，无非是诸势力间的契约，亦即各凭其主观权利(特权与主权)、以身为政治团体之成员而集结起来的诸势力——君主与身份集团——之间的契约[5]，而且在法律上正是要如此来看待。采邑制的结合(Lehensnexus)，就其最内在的本质而言，正是建立在契约上。既然如“蛮人法典”(leges barbarorum)那样的现行法之确立——依现在的说法即“法律的编纂”——都经常被

④ 关于“家产制的”官吏，参见《支配社会学(Ⅰ)》，页100及以下。

⑤ 例如《支配社会学(Ⅰ)》，页195及以下。

称为“协约”(pactus),[⑥]那么更加可以确实认为:一个全“新”的法律在当时的确是可以仅仅通过官职权力与司法集会人团体的自由协商而产生出来。[⑦]

最后,若就法律形式的观点而言,原始的纯粹政治团体也都是建立在许多集团的自由协同上,而这些集团内部日后仍继续保有其独立性,例如易洛魁人(Irokesen)的“长屋”(haus)。[⑧]“男子集会所”(Männerhaus)[⑨]原先也是自由的结合体(Vergesellschaftung)。只

---

⑥ 在民族大迁徙之后,由日耳曼人所建立的各国里,统治者为因应政治经济统治的需要而在罗马法学家的帮助下于5世纪到9世纪间依各部族习惯法而编制出成文法典,称为“部族法典”(lex, pl. leges)。其中,与日耳曼诸部族法相关的称为“蛮人法典”,与罗马人的法律相关的称为“罗马人法典”(leges Romanorum)。前者如西哥特法典、勃艮第法典、伦巴底人法典等,后者如西哥特罗马人法、勃艮第罗马人法及狄奥多里克敕令等。

pactus(或 pactum)一词,尤其在加洛林王朝时代,一般即用来指称“法律”,例如 pactus pro tenore pacis(关于维持和平的法律)。因为法律被认为是国王与人民的“协约”。在蛮人法典中,正式以 pactus 命名者,有 Pactus Alamannorum(阿尔曼人部族法典)。

⑦ 法兰克王朝时代的国王敕令中,意图变更部族法典的所谓“部族法典附加敕令”(capitula legibus addenda),不能由国王单独发布,而必须经由各关系部族的代表同意才行。

⑧ 易洛魁人(英文 Iroquois),北美印第安人之一族,原居住在今日纽约州一带。参见 Lewis H. Morgan, *Ancient Society* (1878), p. 399, p. 446。

⑨ 关于“男子集会所”,可参见《支配社会学(Ⅱ)》,页352及以下。此外,根据韦伯的说法,为了防卫与掠夺的暴力(Gewalt)行使,而使得原本带有临机性格的组织朝着永久性组织的方向发展时,“武装者只承认具有军事能力者为其政治上的部族伙伴。至于其他未曾接受军事训练或不具军事能力者,皆被视为女人,事实上,在原始民族的语言里很多时候即明白地称之为女人。在此种武装共同体里,自由与武装权同义。舒兹(H. Schurtz)所醉心研究的**男子集会所**曾以各种形态广见于世界各处,而上述这种战士的组织团体——舒兹称之为男子结社(Männerbund)——即构成其来源的其中一种。随着战士专业性的高度发展,男子集会所在政治行为的领域里扮演着几乎与宗教领域内修道院的

是这样的组织本就有意长久持续下去，而不同于为了冒险的目的而组织起来的原始的临时性结合体（Gelegenheitsvergesellschaftung），后者在形式上根本完全是建立在自由的协议上。[10]

在法发现的领域里，自由协议的老早存在一点也不输于前述诸

（接上页）修道士团体完全相似的角色。只有那些证明具有军事能力、完成修炼而被接受加入伙伴团体的人，才是所属成员。未能通过试炼者则被排除在外而与女子小孩为伍，不再具有军事能力者亦回归女子孩童之列。就像我们今天从常备军的兵役义务退役而成为国民兵那样，男子到了一定的年龄阶段始回归家庭生活。在那之前，他的整个存在皆隶属战士团体。属于战士团体者离开妻子与家共同体而在共产主义的团体当中靠着战利品和对外部人——尤其是负担农耕劳动的女人——所课的租税过活。适合他们本身的劳动，除了战争的遂行之外，就只有武器的整备与制造——多半只保留给他们来从事。战士们是否共同去掠夺或购买女人，或者将其支配地区的所有女人的卖淫当作是自己的权利——一再被认为是原始的无差别族内性交之残遗，亦即所谓的婚前性杂交的许多痕迹，或许和男子集会所的这种政治制度相关联——或者是否他们像斯巴达人那样在外部各自拥有各自的（作为母系团体的）妻与子，这点可能有各种不同的规制，而且可能多半是两种方式相结合在一起。为了确保他们奠基于长期掠夺外部者，尤其是女人的这种经济地位，以此方式团结起来的战士们有时候会利用带有宗教色彩的威吓手段。特别是由他们所发动的那种伴随着假面行列的妖怪出行活动，就像印度尼西亚（译按：应该是美拉尼西亚）那种特别为我们所确知的杜克杜克（Dukduk）恐怖行列，往往正是一种掠夺行动；为了使活动进行顺遂，女人与所有一般的外部者在听到响笛声起时，若不想血溅当场，就必须夺门而出逃到森林里去，以此而让妖怪轻松快意且不虞被揭穿地进屋攫取他们所喜欢的。若说战士们主观上相信这种作为具有正当性，那是没有的事。

“他们反正就是懂得这样一种粗鲁愚蠢又可笑的骗局，并且借着外部人不得进入男子集会所的巫术性禁令以及内部者必须严守守口如瓶的义务来护卫这样的骗局。一旦秘密一不小心被揭穿，或者有时被传教士故意拆穿，那么男子结社对于女人的威信便划上了休止符。”（M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 517—518）

⑩ 恺撒在《高卢战记》里对日耳曼人有如下的描述：“不管哪一个部族，对于自家境外的掠夺行为均不以为耻。因此，当有人带头在集会上说‘我来指挥掠夺，欲从我者可报上名来’时，认同此一人物与提议者即长身而起并应允相援，而出席者则共同鼓掌为贺。若是有违诺言，则其人即被视为逃亡者和背叛者，往后再也不为他人所信用。”（《高卢战记》，6：23）

例,而且正是一切的原点。源自氏族间的赎罪契约的仲裁契约(Schiedsvertrag),亦即对仲裁或神判的自愿服从,不只是一切诉讼法的源头,而且正如前文所提到的,在相当广义上,私法上的契约的最古老类型亦是从诉讼契约而来。其次,诉讼程序上重要的技术进展,至少在形式上,多半是诉讼当事者间的自由合意的产物,并且官方的介入(例如大法官或法务官),在很大程度上是以独具特征的方式强制当事者来缔结某些协议,以促使诉讼得以进行,[11]此即"缔结

[11] 日译者指出,在本文里,举大法官(Lordkanzler)作为官方介入的例子,颇令人费解。Pollock 与 Maitland 在其著作 *The History of English Law*(vol. 2, p. 560 et seq.)里也和韦伯一样,将英国大法官的令状和罗马法务官的程序书相提并论,不过,应该拿来和罗马的法务官相比较的,并不是大法官,而是一般的法官。此处,若将大法官解读为法官,文意即可了然,指的应该就是本书第三章注 30 所述的事实。

在法务官面前所进行的争点决定(litis contestatio, 参见第一章注 14),应该就是一种两造的合意。换言之,当原告将被告召唤到法庭时,法务官会对诉讼要件作审查,然后作出拒绝或承认原告之请求的决定。一旦原告的请求获得承认,被告要不是加以接受,就是得作防御性的否认。不过,在对物诉讼里,被告并没有应诉的义务,若不应诉,则由法务官径将诉讼客体的占有物委付给原告(missio in possessionem)。在法律诉讼时代,争点决定是采取当事人双方根据契约而简洁摘录争点的方式,到了程序诉讼时代,则是由原告从法务官那儿取得程序书,再由原告持之向被告昭示(edere iudicium),而让被告加以接受(accipere iudicium)的方式。根据争点的决定,当事人若达成服从承审人之审判的协议,即由法务官向承审人下达判决命令。除了争点决定之外,尚有法务官对当事人发出强制缔结要式口约的情形(stipulationes praetoriae)。关于要式口约(亦称问答契约),详见本章注 29。

不过,一般介绍罗马法的书籍有时亦将设立于公元前 366 年的最高裁判官(jus praetorium)称为"大法官",他是由百人团大会自贵族中选出一人担任,任期一年,地位仅次于执政官,为国家最高司法行政长官,专门审理罗马市民之间的诉讼。其后于公元前 242 年再增最高裁判官一名,专门审理涉外案件,即罗马市民与外国人之间或外国人之间发生的案件,这便称为最高外事裁判官(praetor peregrinus),又称涉外大法官,先前的便称为最高内事裁判官(praetor urbanus)。

契约的法律强制”（Rechtszwang zum Kontrahieren），而此种契约强制，特别是“强制授封”（Leihezwang），也在政治的法律（采邑法）领域里扮演了重要的角色。[12]

二　契约自由的发展、“身份契约”与“目的契约”、“目的契约”的历史渊源

意味着自由协议的“契约”，作为请求权与义务之成立的法律基础，早在法律发展的早期、甚至最早时期与阶段即为广泛的现象，尤其见之于如今自由协议的意义已全然消失或大幅消退的那些领域里，亦即公法、诉讼法、家族法和继承法的领域。相反的，对于经济性的财货取得而言，契约——作为有别于家族法及继承法上的取得来源——在

⑫　“强制授封”有两种意涵：(1)当领主或封臣死亡时，存在于特定的个人与个人之间、具有高度的个人专属性的封建的主从关系即随之消失，采邑又回到领主或其继承人的手中。因领主（Herr）之死而导致采邑的归还，称为 Herrenfall；因封臣（Mann）之死而导致者则称为 Mannfall。将财产归还原出处（如因妻之死而还嫁妆于娘家），一般称为（heim-）fallen。西欧封建制下，领主对归还的采邑原本可以自由处理，后来逐渐转变为只要封臣对新领主（在 Herrenfall 的场合），或封臣的继承人对原领主（在 Mannfall 的场合），于一定期限内举行正式的臣属礼——包括受封（homage，Mannschaft）及宣誓效忠（fealty，Hulde）两种仪式——后，领主必须承认新主从关系的成立，而再封与采邑，此即“强制授封”。(2)在采邑因没收或封臣家之灭绝而归还领主时，领主必须在一定期限内，将此采邑再授给具有相同身份的封臣，而不得收归己有。值得注意的是第二种情况的强制授封只存在于日耳曼帝国，且只限于帝国皇帝与帝国诸侯（Reichsfürsten）——与皇帝有直接主从关系之封臣——之间。日耳曼皇帝对归还到自己手中的诸侯采邑（即所谓 Fahnlehen）必须在一年又一日之内，再授封给另一诸侯。此一制度大约出现 12 世纪末。不过，如前所述，除日耳曼外，其他君主并不受此一规则限制，即使在日耳曼境内，诸侯与自己的封臣之间亦不受此一限制。另参见《支配的类型》，页 90—91。

现今具有根本性的重要意义，而且时间愈是往前回溯，此层意义就愈是不足为道。契约在此领域的时下意义，主要正是市场结合体关系和**货币**利用急剧增长的结果。一方面，私法契约的重要性之普遍增长，彰显出市场共同体的法律侧面，另一方面，透过市场共同体而普及的契约，也改变了其内在本质，亦即不如原本的契约那样在公法和家族法的领域里扮演着如同过去那样重要的角色。有鉴于自由协定之一般性格的这种深刻的变化，我们将指称原本的那种契约类型为“身份”契约（Status-Kontrakt），反之，财货交易——亦即市场共同体——特有的那种类型，则称之为“目的”契约（Zweck-Kontrakt）。

两者的差别在于：所有的原始契约——经由此种契约，种种团体，譬如政治的或其他（永久性的或一时的）私人团体或家族关系等，被创造出来——在内容上均意味着人们在法律整体资格上的转变，亦即人们的整体地位和社会行动样式（Habitus）的变更。为了达成此种效果，这些契约原本毫无例外的，要不直接是巫术性的行为，至少也是带有巫术意味的行为，而且在契约的象征形式中，长久地残留着这样的性格。此种契约（尤其像上述所举的例子那样）多半是“兄弟契约”（Verbrüderungsvertrag）。依此契约，任何人皆有可能成为他人的儿子、父亲、妻子、弟兄、主子、奴隶、族人、同袍、护主、护民、扈从、封臣、子民、友人，泛言之，即“伙伴”（Genosse）。

所谓彼此“结拜兄弟”（Verbrüdern），并非意味着：彼此为了具体的目的而互相答应赠予，或彼此期待一些特定的物资效用；同时，也不仅意味着（套个流行的用语）：可望今后以一种崭新的、在某种方式上别有意指的整体态度彼此相对待。“结拜兄弟”毋宁是意指：人们在质的方面“变得”有异于从前，因为，若非如此，那种新的态度举止根本不可能。每个参与者都必须让另一个“灵魂”驻进来。和血濡沫，举杯共饮——较为晚近的一种象征形式，或者借着类似的巫术手段来举行泛灵论的仪式以创造出新的灵魂。对于巫术取向的

思维而言，除了参与者真的以彼此的整体态度举止来相应于兄弟关系的义理之外，再也想不到还有其他什么好保证的。

或者，至少当神的观念逐步取代了泛灵论后，任何一个参与者都必然要臣服在一个庇护众人的“超感官的”力量之下，并对违反兄弟关系的行为者发挥出威吓的作用：原先代表个人有条件地自我降服于邪恶的巫术力量之下的宣誓，如今成为具有自我诅咒且招引神怒的这种性格。因此，到后来立誓也变成所有兄弟关系契约最为普遍的一种形式。不过，其角色却不只如此。因为不同于兄弟关系的那种纯粹的巫术形式，宣誓在技术上也适合作为“目的”契约的保证手段。“目的”契约是一种目的仅止于取得具体的（多半是经济性的）资源或效用的协议，并不涉及相关当事者的“身份”（例如交换），也不会促成他们产生新的“伙伴”素质，所以并非原始自然的一种协议。

交换是所有单纯的目的契约的原型，原本为经济或政治共同体的成员之间典型受到规制的普通现象，而且似乎仅见于非经济的领域里，例如外婚制的氏族间的妇女交换。这些氏族因此而处于相互为伙伴又相互为非伙伴的独特双重地位上，而这种交换在外婚制的情况下，又似乎同时是“建立兄弟关系的行为”，因为尽管妇女多半仅被视为目的物，但以巫术方式促成身份改变的念头很少全然被忘记。所以，联姻的外婚氏族彼此间因井井有条的外婚制而产生出来的那种独特的双重地位，或许也可以用来澄清下面这个争议多时的现象，亦即：正妻的地位，由于是来自原始的前外婚制的结合形态，所以始终不需要什么形式，况且，交换在外婚制成立之前原本就与建立兄弟关系的行为没有半点关系；以此，比起正妻一般所具有的稳固经济地位来说，侧室毋宁是必须要依靠契约来特别保障其经济上的安全，确切的契约形式之所以有其必要，或许应该从这个角度来解释比较合理。

经济性的交换，通常不只是和非自己家族成员的人进行，而是，重点说来，和外面进行交换，诸如：和陌生人交换、和既无氏族关系

又无兄弟关系者交换，简言之，就是和非伙伴（Ungenossen）进行交换。正因为如此，交换，以我们先前提到过的“沉默交换”（der stumme Tausch）⑬的形式，再也见不到任何巫术性形式主义的踪影，然后这才慢慢地以市场法的方式受到宗教的保护。不过此种保护，直到神的观念继巫术而出现之后，才有可能以整套的方式登场，因为巫术手段，至少在直接上，原本就只对“身份”契约作保证。有时候，交换也会通过兄弟关系的建立行为或类似行为而处于身份契约的保证之下。不过，一般而言，也只有在牵涉土地所有时，才会这样。有关土地所有的特殊地位，我们很快就会谈到。

然而，普通的情况毋宁是，交换——至少相对而言——并未享有保障，并且丝毫没有因为交换可能带来义务——并非天生自然或人为的一般兄弟关系所衍生出来的义务——的观念。结果，交换通常全都是双方相互即时的占有让渡交换物财。不过，财物的占有却享有复仇请求权与赎罪请求权的保护，用以对付窃盗者。交换所享有的“法律保护”也因此并非“债权的保护”（Obligationenschutz），而是财物占有的保护（Besitzschutz）。因为，后来（凡是在实行之处）的担保责任（Gewährschaftspflicht），原先也只不过是间接（以针对无权利的卖主提出窃盗诉讼的形式）受到保护。⑭

⑬ 又译为“无言交换”。这是流行于初民社会的一种极为普遍的交易模式，提供者将物品放下后即离去，对方若感到满意，即可取得此物，并放下依照传统协定的交换物品，若不满意即径行离去。

⑭ 参见第一章注25的Anefang程序。在罗马法里亦有与此类似的事态：卖主的追夺担保责任原来并不是作为买卖的效果，而是作为所有权移转行为（mancipatio，参见本章注42）的效果而产生的。换言之，根据此种行为而取得所有权的买主在被第三者提起追夺诉讼时，他可以将此诉讼通告卖主，而受到通告的卖主即不得不在诉讼里拥护买主（古时候是由卖主本身来承担诉讼）。卖主若是不拥护买主，或者即使拥护而买主仍然败诉时，卖主便负有支付买主买卖货款两倍金额的义务。据理解，此一程序原本是与窃盗诉讼相关联的。

交换之具有形式主义性格的真正法学建构，起始于某些财货、特别是金属发挥出货币的机能，亦即买卖一事之兴起。只是，此一发展并非有赖于钞券式的货币（Chartales Geld）[15]甚或国家货币的存在，而是，特别正如罗马法所显示的，植基于计算重量式的支付手段（pensatorische Zahlungsmittel）。铜衡行为（Geschäfte per aes et libram）原是古罗马市民法里两种原生的法律行为形式之一。[16] 此种现金买卖的形式，在罗马城市法发展的基础上，囊括了几乎所有私法法律行为种类上的普遍机能，无论这些行为在内容上是涉及家族法、继承法，至或交换本身。

兄弟契约及其他的身份契约所针对的，通常是个人在社会身份上的总体资格，以及个人之整合到包摄其整体人格的团体里、所连带的一切权利义务及奠基其上的特殊心志素质。在罗马，此种身份契约恰与货币契约（Geldkontrakt）形成对比，货币契约在本质与功能

[15] "某些交换手段或支付手段可称为钞券（Chartal），当它们是人造品，且基于被赋予的形式而在一群人或一地区中有着习俗的、法律的、约定的、强制的、不同形式的效力，同时可被定额等分，亦即分成特定的名目价值（Nennbeträge），或此价值的数倍或部分，使得纯粹机械式的计算它们是可能的。货币是同时亦为交换手段的钞券式支付手段。"（《经济行动与社会团体》，页23—24）

[16] 在罗马，大约自公元前1000年起即使用铜为价值尺度和支付手段，亦即出现了所谓的 negotia per aes et libram（铜衡行为，直译为"用铜块和秤的方式"）。aes 意即铜，而 libra 则是秤（衡）。这是在五名成年的罗马市民为证人的情况下，由一个持秤人（libripens）秤量铜块的重量，支付人再将此一铜块交付支付受领者的行为。支付的目的则根据支付人当场所声明的，除了（a）依据买卖而取得所有权、（b）消费借贷的设定、（c）债务的偿还之外，还有根据铜衡行为的遗言（testamentum per aes et libram）及利用此一行为而取得夫权（参见本章注17）等。不过，在货币出现（约公元前4世纪）之后，实际上并不真正去秤量铜块的重量，而只是以铜片碰触秤子，再将此一铜片交付给对方的象征性行为而已，实际的支付则是以铜衡行为外的其他方式进行。本文里所说的"两种原生的法律行为形式"，是指此种铜衡行为及要式口约（stipulatio，又称问答契约，参见本章注29）。

上是一种特殊的、限量与定量的、没有所谓资格意义的、抽象的、通常单纯取决于经济因素的协定,是目的契约的原型。像货币契约这样一种非关伦理的目的契约,实为将巫术性格或宗教性格排除出法律行为的适当手段,亦即法律世俗化(Rechtsprofanierung)的适当手段(例如罗马法里,市民婚姻所采取的形式是买卖婚[coemptio],而非宗教性的共食婚[confarreatio])⑰。货币契约虽非唯一适当的手段,但的确是最适当的。作为一种特殊的现金交易,货币契约确实具有相当保守的性质,因为至少原先一点儿也未带有超越行为本身而对将来有所许诺的要素。并且,货币契约只在于创造出确实的占有及保证所获得的财货,而非对许诺的履行提供任何的保证。

因契约而生债务(Obligation)的这种观念,对于原始的法律而言完全是陌生的。给付的义务和请求权等,在原始的法律里,只以唯一的一种形式出现,亦即基于违法行为(ex delicto)的请求权。⑱ 被害者的要求额度则由赎罪程序的运作及连带的相关惯例明确地订

⑰ Confarreatio 与 coemptio 都是在缔结婚姻之际,丈夫为了取得对于妻子的夫权(manus)而发生的行为。共食婚是在大神官(pontifex maximus)朱庇特神官(flamen Dialis)及十名证人的与会下,当事人于神前分食麦饼(由意大利产的麦 far'所制成的 farreus panis)并宣誓后完成。买卖婚则是利用铜衡行为之一的要式买卖(mancipatio)方式来设定丈夫对妻子的夫权的行为。本来,对婚女保有权力者是借着铜衡行为付出假装的代价而获取权力,亦即假想此种权力是假装卖给婚男的,不过至少到了古典时代婚女本身真的是和婚男之间进行此种买卖婚的。而后,除了以上两种方法之外,又产生第三种方法"时效婚"(usus):夫妇若持续一年的夫妻生活后,妻子即服属于丈夫的夫权;根据十二铜表法的规定(表六之四),其间若妻子在一年里连续三夜投宿在外,则视为时效中断,女方即摆脱夫权。不过,这三种方法相互间有着什么样的历史关系,并不明朗。因为,就我们的历史知识所及,时效婚的这第三种方法在最远古的时代即已存在,因此,也有人主张时效婚应该是罗马最早的婚姻形式——起源于掠夺婚。

⑱ 参见第一章第五节及注 25。

定。经由法官所裁定的赎罪债务,是最古老的真正债务(Schuld),以此而生出所有其他种种的债务关系。在此意义下,反之,经判决而得以诉求的请求权,原先全都是债务请求权(Obligationenanspruch)⑲。举凡牵涉不同氏族的成员之间的争执,根本没有以引渡物品为目的的正规诉讼程序存在。任何诉讼都必然是以这样的主张为依据,亦即:被告个人对原告个人采取了有赎罪必要的不法侵害。因此,不只没有所谓的契约诉讼(Kontraktsklage)及要求返还的诉讼(reipersekutorische Klage),也无身份诉讼(Statusklage)。

至于某人是否真能算是某个家团体、某个氏族或某个政治团体的成员这个问题,就只能由这些团体当作内部事务来解决。不过,即使在这方面,事情还是有所改变。无论哪一类型的兄弟关系或恭顺共同体⑳,都

⑲ Obligatio 是意指"债权"或"债务关系"的拉丁文,不过,在查士丁尼大帝的《法学提要》(3—13, 前文)里明言"债是依照国法得使他人为一定给付的法锁(iuris vinculum)",因此,债一成立,债权债务双方当事人之间就构成一种法律关系,它约束债务人必须履行法律上的某种义务,犹如债务人被套上了必须履行某种义务的枷锁。"法锁"与其说是一种比喻倒不如说是一个法律的实际规定,在十二铜表法的表三里即规定债务人若到期不能偿还债务,债权人可以拘禁他,给他戴上脚镣手铐,甚至可以将他处死或卖为奴隶。到共和末期,债务人才不以自己的人身,而以自己的财产对债务负责。这时,"法锁"才由实际上的**人身**枷锁变成法律上的财产**责任**。

⑳ "家共同体是恭顺(Pietät)与权威的原始基础,也是其他许许多多人类共同体的基础。'权威'掌握于(1)身强力壮者,(2)经验丰富者之手,诸如:男人对女人与小孩的权威、有战斗力与劳动力者对无此能力者的权威、成年人对未成年人的权威、年长者对年少者的权威。'恭顺'是指权威承受者对权威拥有者,以及他们彼此之间的恭顺。由于对祖先的恭顺,家共同体遂走上宗教的关系,由于家产制官吏、扈从、封臣的恭顺,家共同体遂转化为这些原本具有家的性格的种种关系(家产制与封建制)。就经济与人际关系面而言,家共同体在其'纯粹的'——如上所示,或许不一定是'原始的'——特性上,乃是奠基于严格的人际恭顺关系上的一个牢不可破的统一体,对外团结一致,对内则是日用财货之共产主义式的使用—消费共同体(此即家共产主义)。"(《经济行动与社会团体》,页 275—276)

存在着一个根本规范，亦即：兄弟对兄弟、氏族伙伴对氏族伙伴、行会伙伴对行会伙伴、恩主对客卿（或反之，客卿对恩主），绝不能对簿公堂或做出不利于对方的证言，就像彼此间不可能有血仇（Blutrache）㉑存在一样。为他们之间的罪行进行复仇，是鬼神的事，是祭司的禁制权力、家权力、团体的私刑制裁的事。不过，一旦政治团体成为一种军事团体（Wehrgemeinde），而武装能力、政治权力与团体所完全认可的婚姻下出生的身份相互关联在一起时，就会有非自由人和非同级族群的情形出现，亦即有些人不具军事权和分享战利品的权利，如此一来，就必然要有某种法律手段用以定夺某人在身份上的争议。

与此紧密相关的，是有关土地所有的诉讼之出现。随着土地不足的情况之加剧，能够自由处置一定领域的可利用土地愈益成为所有团体（包括政治团体与家共同体）的重要基础。拥有完全资格参与团体者，即享有分配土地所有的请求权，反之，唯有拥有土地者，方为团体的完全成员。因此，当团体间发生土地所有的争执时，通常必有物品返还的效应（reipersekutorische Wirkung），亦即由胜诉的团体取得争讼的土地。不过，随着土地逐渐为个人所占有，提出告诉者即不再是团体，而是个别的伙伴成员针对其他伙伴所提出，而两造所持的根据皆为其基于伙伴权（Genossenrecht）而占有土地。在与要求土地的伙伴权相关的诉讼里，诉讼的当事人不管哪一方，必然会依判决而取得争讼的目的物，亦即其整体政治—社会存在的基础。因为，两人当中只可能有一人是为伙伴而据有拥有土地的权利，就像任何人必定是伙伴或非伙伴、自由人或非自由人。特别是在军事主义的团体里，㉒例如古代

㉑ “血仇”一语普通是用来指针对“杀人”的复仇，不过，针对重大身体伤害的复仇或者针对其他犯罪的复仇，也有使用此语的情形。

㉒ 关于城邦的军事主义性格，参见《非正当性的支配——城市的类型学》，页202—203及页213及以下。

的城邦，事关份地（fundus）或克里娄的争执都必然要采取双边诉讼的形式。[23] 换言之，在此种诉讼当中，并不是其中一方作为不当行为者而被所谓的被害者提出追诉并力图证明自己的无辜，而是双方都必须为了免于败诉而宣称自己才是正当的权利所有者。

像这类牵涉伙伴权问题的情形，便不适用违法行为诉讼的形式。因为份地是不可能被偷走的，这不只是出于种种天生自然的理由，而且更是由于作为伙伴的资格是任何人也偷不走的。因此举凡牵涉身份问题或土地所有问题时，除了单方的违法行为诉讼之外，还有双边的诉讼要进行，就像希腊的 Diadikasie 和罗马的 vindicatio，被告这一方有义务要针对原告这方的诉求提出反诉。此处，在身份的争讼中（关于田宅权 Hufe 的争执亦属之），[24]我们看到对物的请求权从对人的请求权里分离出来的根源。这两种请求权的区别乃是历史发展的结果，并且只有在旧有的私人团体崩溃时，特别是氏族对于土地所有的严格支配没落时，才会出现。或者可以说大概出现于马克体和田宅权发展出来的阶段，或财产组织与此相应的发展阶段。

原始的法思考里，并没有这种（物的与人的请求权）的对立存在，而仅见以下两个基本的事实：(1)我是基于出生于 X 家或在 X 家被扶养长大，或者基于婚姻、收养、兄弟契约、武装能力的授予、成年式的举行，而成为 Y 团体的伙伴成员，并且因此而得以要求利用财产 Z；(2)作为 Y 团体之成员的 X，对我 A 或我的团体伙伴 B 加以（名为）C 的侵

---

[23] 参见第一章注 31。

[24] 根据韦伯的说法，日耳曼人原始的聚居村落里，由内而外划分为五圈，分别是不规则分布的住屋、有围篱环绕的园圃（wurt）、许多长带状的农耕地（Gewaune）、各家分别占有的牧场（Almende）以及各家皆得均享的森林。村落居住者之于住屋及各人对园圃、农耕地、牧场及森林的主权，总称为田宅权（Hufe，此词的词源与 habe，haben 相关联）。参见 *Wirtschftsgeschichte*，S. 20 ff.；郑太朴译，《社会经济史》（上），页 24 及以下。

害，那么他(X)及其团体(Y)的伙伴对我们[即A的团体伙伴]便负有赎罪的义务(在阿拉伯的法律词语里，不会说"A的血淌下了"，而是说"我们的[亦即氏族伙伴的]血淌下了")。从第一个事实里，个人的占有得到进一步的发展，而成为针对任何第三者的物的请求权(尤其是财产继承权回复之诉及所有物返还之诉)。从第二个事实状态里，发展出针对特定者的对人请求权，此特定者必然被期望要履行某种给付义务，特别是经由承诺而被接受的给付义务，此时，此特定者(而且唯其一人)对权利者(而且只针对权利者)负有此种给付义务。

原始事态的清晰性，以及顺此事态发展下去的直线性，却被氏族团体相互间及氏族团体内部里的法律关系的二元性弄得错综复杂。如我们所见的，氏族伙伴彼此间既无复仇也无法律的争讼，有的只是氏族长老的裁定，以及对反抗者的杯葛。在此，程序的巫术性形式尽付阙如：氏族内部的纷争解决全属行政问题。[25] 而诉讼程序和权利——意指透过法发现及其连带的强制所保障的请求权——只存在于同属一个政治团体的不同氏族团体之间和这些不同氏族团体的成员之间。

当氏族崩解而致使家共同体、地域共同体和政治团体并存时，问题便在于政治团体的诉讼程序能够在多大程度上介入到氏族伙伴相互间的关系甚或家成员彼此间的关系里。如果能介入，那么个人的土地请求权便成为伙伴本身之间在法官面前进行诉讼的对象。首先，这就是我们先前提及的，双边的所有物返还诉讼。另一方面，政治权力也可能带有家父长制的性格，因此，解决纷争的办法一般而言多多少少可以归为"行政"的类型，而原本只是用来解决内部纷争的这种类型，也就借此导入政治团体的诉讼程序。结果，关于请求权的两大范畴，不管是在旧的或新的观点里的那种泾渭分明的类型区别，就此变

㉕ 参见本书第8—9页。

得含混不清。此处,我们不宜再牵扯如何界定两者的技术形式问题,而毋宁回头探讨:因违法行为而来的个人责任,如何发展成契约责任,以及基于违法行为的有责任性,作为诉讼原因,如何转变成契约性债务的问题;连接点便在于诉讼程序当中所确定或认证的赎罪债务责任(Sühneschuldhaftung)。

在不得不承认目的契约债务乃是一种经济需求的最古老的典型情况里,消费借贷债务(Darlehensschuld)是其中的一种。不过,此正足以显示从全面性的个人债务责任的原始状态当中解放出来的缓慢性。如我们所见的,消费借贷原先只是兄弟关系之间典型的无息应急援助。因此,就像兄弟之间一样,氏族伙伴和行会伙伴彼此之间、透过主客关系或恭顺关系而结合在一起的人相互间,根本没有所谓的诉讼可言。

发生在兄弟关系团体之外的消费借贷——如果有的话,在法律上便没有遵从此种无偿性之要求的必要。不过,在人身责任具支配性之处,此种消费借贷原本是无法追诉的。失望的债权人所能用的——作为一种强制手段——唯有巫术程序,这种在我们看来显得诡异的形式,仍部分残留了好长一段时期。在中国,债权人会以自杀来相威胁,有时候甚至抱持着死后仍将追索其债务人的期望而真的自杀。[26] 在印

[26] 关于"自杀"在中国所具有的巫术意义,韦伯有如下的陈述:"时而发生的消费贷款的紧急需求,基本上也由氏族内部来解决;氏族中有产的成员在道义上应伸出援手。当然,在无数的叩头之下,族外的人也可以得到贷款,因为没人敢招惹鬼魂的报复——万一这个走投无路的人自杀了的话。"(《中国的宗教》,页 153—154)"鬼神并非没有道德评判资格,相反的,在中国,正如在埃及一样,可以看到司法裁判上的非理性是建立在这样的信仰上:受冤屈者的哭号会引来鬼神的报复。这在受害者是由于自杀、悲怨和绝望而死时,尤其如此。最晚起于汉代,这种坚定的信仰是从官僚体制与诉之于天的权利的理想化投射中萌芽的。我们也已看到伴随着真正的(或自称的)被冤曲者的大众的呼号,对于官吏的约束有多大的力量。"(《中国的宗教》,页 262)

度，债权人会坐在债务人的屋前，并在那儿饿死或上吊，以此而奠下族人为其向债务人复仇之义务的基础，而且，如果债权人是个婆罗门，那么债务人即成为婆罗门的谋杀者而引来法官干涉。在罗马，当发生严重的违背诚信（fides）时，引用十二铜表法的不名誉（improbus）及后来的丧廉耻（infamia）[27]，恐怕是社会杯葛的一种残迹——由于对不遵从诚实信义者缺乏法律强制，故代之以社会杯葛。

统一的债权法的发展，当然是与违法行为诉讼相联结的。例如氏族伙伴或家族成员全体皆对其中某一成员的契约负有连带责任，是个相当常见的现象，而此种连带责任的发展，起初正是源于氏族（全体）对于违法行为的责任。然而，可追诉的契约债务后来的发展多半是各依其道而行。货币之进入经济生活，往往扮演了关键的角色。要式现金借贷（nexum）[28]，亦即依据铜与衡（per aes et libram）的债务契约，以

㉗ 十二铜表法表八之二二规定："证人或持秤者若拒绝作证，彼等即应受不名誉处分，从此丧失作证的资格，他人也无须为之作证"。此外，根据共和时代的立法、户口总监的裁定及为选举而召集民会的政务官的决定，刑事被告人、贱业者、社会落破者及违反善良风俗者皆被科以公法上、政治上、财政上及刑事上的不利地位（例如被剥夺起诉权或剥夺成为官吏的权利）。

㉘ 罗马最早的契约形式即我们先前提到的"铜块与秤式"（per aes et libram，铜衡行为），用于金钱借贷的为"要式现金借贷"（nexum），用于所有权移转的为"要式买卖"（mancipatio，下文会谈到）。拉丁文"nexum"为拘束、联结、债之义。虽然在现金借贷的铜衡仪式进行时当事人所用的法定语言已经失传，但有学者考证出是由出借人对借用人作出处罚的声明："若某某债务人到期不将某款项归还时，即应将他收为奴隶，使役之、出卖之、杀戮之。"证之于十二铜表法第三表的规定，债务人若经裁判、宽限、拘禁还是未能清偿，则债权人可以将债务人卖到国外或杀死，甚至当债权人不止一人时，得分割债务人的肢体进行分配，可说是相当的严酷。直到公元前 325 年公布了新法（Lex Poetelia Papiria）才规定除侵权行为之债外，债权人非经判决不得对债务人进行拘押、锁拷、罚役、杀戮、分尸等，同时责令所有债主释放受拘禁的普通债务人。自要式口约产生后，要式现金借贷不久便被废弃。

及要式口约(stipulatio)[29],亦即根据象征性的担保设定的债务契约,这两个罗马市民法(ius civile)里原生的契约形式,皆为货币契约。至少,我认为要式口约肯定是。不过,两者率皆不否认与法律的前契约状态有所关联。两者皆为严格的形式行为,根据口头的、而且仅由当事人本身来完成的行为。[30] 两者源出同流。在要式口约这方面,正如米泰斯(Mitteis)基于日耳曼法律为人所熟知的发展来类推,[31]此乃源于诉讼,在诉讼之外,原本仅扮演微不足道的角色,而且基本上似乎只是为了缔结附带的协议(利息之类)。

㉙ 要式口约是一种最重要的、适用最广的口头契约,其有效条件是双方当事人必须亲自到场,并且以特定语言采用问答的方式来订立契约。双方当事人的问答必须相连与合致,在债权人(要约者, stipulator)发问后,债务人(诺约者, promissor)必须立即回答,其间不得有时间间隔或掺杂其他行为,否则无效,并且当事人的问词和答词必须吻合一致,而不能答非所问,否则亦属无效。例如,“汝誓约否”(spondesne ?)“我誓约”(spondeo)、“汝约定否”(promittisne ?)“我约定”(promitto)、“汝给予否”(dabisne ?)“我给予”(dabo)。后来到了古典时代末期时,即使双方当事人实际上并未作口头问答,而改以证书记载要式口约问答方式的履行要旨来作成契约,亦获得承认;至查士丁尼时,要式口约原则上皆根据证书来缔结。

㉚ 此即市民法上的“要式契约”。罗马古代的法律行为注重形式而轻意思表示。当事人要使契约有效,除了双方的同意外,订约时必须严格履行一定的方式,也就是用法律规定的语言、做规定的动作,否则即使双方合意,其协议也不受法律保护。

㉛ Ludwig Mitteis (1859—1921), 德国法学家,开拓出许多罗马法研究的新领域。与本文相关联的问题,见其著作 *Aus römischem und bürgerlichem Recht*, *Festgabe für Bekker*, S. 109 ff. 。米泰斯认为要式口约的起源在于:诉讼当事人在约定他日出庭时,只是约定而不发生责任,所以让第三者成为再出庭的担保人(vas),对再出庭的约定赋予拘束力,因此此一担保要式口约是根据是否成为担保人的要约及对此的诺约来缔结而成。其后,诉讼当事人缔结担保契约,以自身为责任的客体,从而使债务与责任相结合,并使之得转用于诉讼以外的一般约定,要式口约即此成立。不过,米泰斯的这个理论未必是被一般人所承认的学说。

除了交换之外，赎罪契约——诉讼即以此为基础——亦因其为敌对者之间的契约而不是兄弟契约，且要求争议点、特别是证明事项要能明确地定式化陈述，而走上目的契约之路。诉讼愈是具有明确的形式，就愈能提供法律行为发展的机缘，而法律行为则创造出契约义务。其中尤其紧要者，是诉讼当事人给对手提供保证。在许多法律体系里，意图避开自力救济的诉讼，却是从某些自力救济的行动中展开。原告将被告拉上法庭，而且除非获得保证——被告一旦被判有罪即无法逃避赎罪——否则就不松手。此时，自力救济所针对的往往是对手这个人，因为，诉讼本身通常并不单只基于有客观的不法行为发生这样的看法，而更是基于这样的见解，亦即被告对原告犯下了有责行为（Frevel）——客观的不法和有责行为被完全等同视之——而必须以其人格担负起此种行为的后果。被告为了在判决出来前不会受到干扰，必须提供保证，亦即提出保证人或担保抵押。

以此，在诉讼过程中，这两种法律制度（保证人和担保抵押）首次以有强制可能的法律行为的方式出现。后来，被告本身取代了第三者保证人，被允许自己来担保判决的履行。从法律上看来，被告成为自己的保证人，正如自由劳动契约的最古老的法律形式一般，无处不是本人自己——而非平常的状况下由父亲或主人——将自己贩卖于有期限的奴隶状态里。纯粹奠基于契约的最古老的债务（Schuldobligation），乃构筑于诉讼中的某些过程之转用到诉讼外的普通的法律生活里。在日耳曼法律里，担保或人质的设定，是将债务化为契约的最古老手段，这不只是就经济上而言，在法律形式上亦是如此。保证，无论在日耳曼法或罗马法里，都是自我担保的起源；不过，在法律思考里，这种保证无疑是要仰赖于氏族与家族伙伴的人际连带责任。为履行将来义务而提供保证的第二种形式，亦即担保，不管是在罗马法里还是在日耳曼法里，首先要不是

扣押担保(genommenes pfand，执行担保)[32]，就是为了免除人身起诉或执行责任的担保，[33]因此并不是像现今那样，对有别于此而存在的某种请求权的保证。担保的设定毋宁是包含了对担保物的占有处分。换言之，若被保证的债务无法清偿时，债权人即可合法地占有担保物，若债务适时地清偿完毕，则债权人之占有担保物即为非法，因此，等于是对以前的债务人产生了有责行为。以此，担保倒也还符合流通于法律思考里的、最古老的控诉原因模式：对人的实际侵害，或对人之占有物的实际侵害。

最后，有条件地自我贩卖于债务奴隶状态的法律行为——此乃极为普遍分布各处的法律行为，部分与强制执行的可能方式直接相关联，[34]

---

[32] 在古代，债权人于债务不履行之时可以自行扣押债务人的动产。对于所扣押的物品，债权人虽取得基于扣押的担保权(即所谓的"扣押担保")，但仅止于留置权而不得将扣押物换价以满足债权。另外，所谓"执行担保(Exekutions pfand)普通意指，并不伴随占有移转的非引渡抵押品，但在本文的用法里并非此义，而毋宁是指在执行过程里所成立的担保。

[33] 以下的叙述让我们想起日耳曼法里所谓"纯粹责任"(reine Haftung)的原则。换言之，在日耳曼古法里，一旦设定质人与质物，则债务人即使在债务不履行的情况下也不负有责任，责任单由质人或质物负担。由于债务人并不负担责任，所以债权人不得起诉债务人，也不得对债务人自力执行。债务不履行之时，质人或质物即归债权人所有。在罗马法里，物的担保古时是采取担保物的信托附带让渡的形式。换言之，债务人根据要式买卖(mancipatio)及法庭让与(in jure cessio)而将质物的所有权让渡给债权人，同时与债权人缔结信托(fiducia cum creditore contracta)，约定债务于约定期限内清偿之时，债权人应将担保物的所有权返还债务人。由于此一手续乃附加买回约款的担保物卖却，债务人完全不负担责任。

[34] 此即本章注28所说的十二铜表法表三所作的执行规定。其中，债权人于拘禁债务人的六十天内，债务人仍可谋求和解，例如约定以一定量的劳务提供来代替债务的清偿，此时，被告即处于类似奴隶的地位。

部分与源自诉讼的人质设定相关联。[35] 在此种法律行为里，债务人本身的身体是债权人担保品，当债务未被清偿，则终为债权人的合法所有。源于契约的债务责任，和此种责任由来的复仇责任和赎罪责任一样，原本并不是我们现今所认为的那种只及于财产的人的责任，而是一种债务人以其身体、而且单以此身体，来担负的责任。对债务人的财产加以强制执行的情形，原先根本不存在。若债务未能清偿，则债权人只能对债务人的人身作处置，或者杀了他、将他当人质拘禁起来，或者就利用他做债务奴隶，或干脆把他当作奴隶卖掉；如果债权人有数人，那么根据十二铜表法，可以把他切割成几部分。[36] 或者，债权人可以进入债务人的家里，后者必须加以款待（宿泊者，Einleger）[37]，此则为步入财产责任的一种过渡形态。不过，财产责任本身登场的速度非常缓慢，而作为无能清偿的结果的人身拘禁（Personalhaft），在罗马一直要到身份斗争的历史

---

[35] 米泰斯认为诉讼里的再出庭担保人原本就是人质，后来诉讼当事人本身缔结担保契约时，原本也是以提供自己本身为人质为旨趣。韦伯所根据的恐怕就是米泰斯的这个说法。

[36] 十二铜表法表三之七："如债权人有数人时，得分割债务人的肢体进行分配，纵不按债额多少切块，也不以诈骗论罪。"虽然有些学者仍认为所谓的"分割"（partes secanto）应该不是债务人的肢体而是财产。

[37] 韦伯此处所言恐怕有误。普通的用语并非 Einleger，而是 Einlager（有时用 Einlieger）。到了履行期而债务未能清偿时，保证人（有时是债务人本身）会带着随从到达约定的场所（普通是选择高级的旅店），直到债务还清为止一直住宿于此，所以有"人质的食费高昂"（Geiselmahl köstlich Mahl）这样的说法。这个出现于12世纪左右的制度，是否为中世纪盛期以来的新制度，或者为昔日的人质的变形，并不是很清楚；主要是用于重名誉的骑士之间。像本文所述的那样，债权人到债务人的家接受宴飨的方式，是不见于西方的，倒是若如 Kohler-Wenger 所言（见其著作 *Allgemeine Rechtsgeschichte*，1914，S. 143），这在中国是有的。

过程中才消失，[38]在我国则一直要到19世纪[39]。最古老的纯债务契约——要式现金借贷（nexum）与要式口约（stipulatio），在日耳曼则为保证契约（wadiatio）[40]，显然是指为了避免立即被追究个人责任，因而自愿俯首应承会于将来兑现的财产给付。不过，此一财产给付若未被履行，结果只好再回到原先针对人本身的办法。

起初，所有的契约都是占有交换契约（Besitzwechselkontrakt）。因此，将契约性债务责任的古老形式真正表现出来的法律行为，特别是将不论何处皆为严格形式性的货币债务责任表现出来的法律行为，通常都和法律形式上的占有转移象征性地联结在一起。其中的某些象

---

[38] 罗马在废除王政建立共和后，平民与贵族间的矛盾未见减缓而更形尖锐，尤其是在法律纷争方面，土地问题和债务问题乃是斗争的中心。平民借着数次"撤离运动"——当罗马与其他部落发生战争，平民在要求贵族废止不利平民的债而不遂后拒绝作战，带着武器撤离罗马到东部圣山准备另建新城——迫使贵族作出种种让步。此处禁止人身拘禁的皮提里阿法（lex Poetelia Papiria，公元前326年通过）即斗争过程中，平民所取得的一系列重大成果的其中之一。

[39] 在日耳曼法里，无法清偿债务的债务人可以将自己本身或自己的妻与子交付给债权人为奴隶，也可以经法庭委付给债权人。此种所谓"债务奴隶制"（Schuldknechtschaft）最初是终身的，后来演变成可以借着劳动来偿还债务的"债务赋役制"（Schulddienstbarkeit）。在中世纪的进程中，债务清偿制度益见缓和，而有了由债权人（私的）及法庭（公的）"债务拘禁"（Schuldhaft）制度的形成。债务拘禁的最后残迹为"票券拘禁"（Wechselhaft），最终亦被废止，在德国是于1868年5月24日的帝国法通过，而其他欧洲各国及美国亦皆于19世纪中废止债务拘禁。

[40] Wadiatio是指债务人借着将wadia（又称为festuca，详见下文）交付给债权人而缔结的契约。Wadia为刻有债务人之记号的小木棒，用来作为支配权的象征，wadia的交付意味着对于债务人的人身与财产的权力之委付债权人。Wadiatio被用于许多目的上，但用得最多的是在缔结保证契约上：债务人将小木棒交付给债权人，债权人再将之交付给保证人。保证人据此而象征性地取得对债务人之人身与财产的支配权，并且也以自己的人身与财产来向债权人负责。凭借着保证人的介入，债务人得以回避债权人实时的责任追究。后来在债务人被认可自己担保时，债权人所接受的小木棒不再交给保证人，而是最后交还给债务人本身。此时，债务人必须以左手将小木棒交付给债权人，而以右手来接回；在此形式中仍维持着原来包含保证人进行的三者关系的遗绪。

征,无疑的是根植于巫术性的观念。不过,长远看来,决定性的环节还在于:法律思考本身,起先并不认为单纯的债务承诺之类不可见的事实有什么重要性,唯有有责行为(Frevel),亦即对神祇或对身体、生命或可见的占有状态的侵害,才是至关紧要的。所以,契约若要具有法律分量,通常就必须包含对有形财货的占有处分,或者至少可以作成这样的解释。果能如此,则在发展的过程中,契约即可包容一切极端不同的内容。另一方面,若无法达成上述形式,那么首先就只有现金交易方具法律效力,或者,最多不过是收取定金作为部分给付,以防承诺者改变心意。从这里可以得出许多法律体系里的根本原则,亦即:唯有有偿的目的契约才具有永久的约束力。此一观念影响深远,以至于直到中世纪末(15 世纪,官方的话则自亨利八世以来)英国的约因(consideration)[41]理论,都还和这样的要求相联结,亦即:只要对价(consideration),即使是表面上的对价,真的被支付了,那么契约即可接受不为法律所禁止的任何内容;即使此种前提(约因的提供)不存在,而与契约相对应的法律范型也没有,契约仍然有效。十二铜表法里关于要式买卖(mancipatio)的规定[42],尽管

㊶ 在英国法里,不依据捺印证书(deed)的单纯契约(simple contract)需有约因方才有效成立。约因为对约定的某种代价,一方当事人(约定者)取得某种权利或利益,另一方(受约者)甘受某种不作为或不利益及接受责任。约因并不一定要具有与约定相当的价值(adequate),但一定是实在的(real),亦即必须是具有某种法的价值的东西。

㊷ 十二铜表法表六之一:"凡依'现金借贷'(nexum)或'要式买卖'(mancipatio)的方式缔结契约的,其所用的法定语言就是当事人的法律。"要式买卖是罗马法移转所有权最古老的一种方式,同时也是一种"用铜块和秤"的方式(铜衡行为)。根据盖尤斯的记载,买卖当事人必须亲自到场,并由已达婚龄的市民五人出场为证,另由已达婚龄的市民一人为司秤人手持一秤,买受人一手持标的物或其标记,另一手持铜块说:"按罗马法律,此物应归我所有,我是以此铜块和秤买来的。"说完后以铜块击秤出声,随即将铜块交给出卖人,买卖就告成立。此种虚拟现金买卖的所有权移转方式原先仅适用于重要的农具、耕地等,最后凡赊贩、赠予、嫁资设定及结婚、收养、解放奴隶等皆可适用。

意涵上有诸多争议，本质上或许也承认——比起英国法来当然是较原始的方式——实质的处分自由；纵使这种处分的自由的发展可能性较受限制，原则上却是立基于同样的形式前提。

除了从法律形式性的货币行为发展而来的模式和从诉讼上的保证发展而来的模式之外，法律生活上的要求尚可利用第三种可能性，以使目的契约得以获得法律强制的保障，此即：从违法行为诉讼人为地推展出新的契约诉讼。此种尝试本身在技术高度发展的法律体系里，例如英国法里，甚至早在中世纪盛期即已展开。法律在经济上的理性化，助长了以下观念的形成，亦即：赎罪责任与其说是（如原先观念里）在于收买打发复仇，倒不如说是在于赔偿损害。以此，不履行契约可被视同为负有赎罪义务的加害。13 世纪以来，英国的律师实务和王室法庭的判决即已在越来越赋予多的契约事务上，宣告不履行契约为不法侵害（trespass），并且以此而对契约做出法律的保护（特别是通过损害赔偿之诉，writ of assumpsit）。[43] 同样的，尽管技术上无疑是另一套，罗马的法务官首先是借着违法行为

[43] 1285 年的《威斯敏斯特第二法》（Statute of Westminster the Second）的第 24 章准许在类似情况下（in consimili casu）亦发给新令状，基于此一规定，大法官府颁发所谓的“情况不法侵害令状”（writs of trespass on the case）。换言之，“不法侵害”（trespass）是由遭受现实的暴行或法律所认定的暴行因而蒙受损害者所提起的诉讼；“情况不法侵害”则为非因暴力而蒙受损害者所提起的诉讼。16 世纪时，此一“情况不法侵害诉讼”更加扩大，被告虽基于约定而承担某一工作，然而却使工作发生不当或根本未进行此一工作，因此而蒙受损害者也被认可提起此一诉讼。此种“情况不法侵害诉讼”由于在令状里记载了被告“约定承担”（assumpsit）履行某种行为，故称为（违约）损害赔偿之诉（assumpsit）。后来此种“约定承担”也被拟制化，成为对所有违反单纯契约——并非根据捺印证书而成立的契约——所提起的诉讼。此外，似乎是韦伯根据所在的情况诉讼，与《威斯敏斯特第二法》是彼此相关联的这个过去的定论，现在则被否定。参见 J. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 1971, p. 83。

诉讼的扩大，接着是借着恶意的概念(Dolusbegriff)，将法律保护的范围扩展到其原先的领域之外。[44]

不仅可提起诉讼且内容上可自由分化的契约请求权尽管已经创造出来，但距离发展成熟的纯商业交易所要求的那种法律状态，实在还遥远得很。特别是，任何理性的经营莫不有如此的需求：能够透过代理人——不论一次次任命或永久任命的代理人，取得基于契约的权利和承担义务。先进的交易所要求的尚不止于此，除了要求债权的可让渡性之外，更要求此种可让渡性是正当的、对取得者而言在法律上是确实无误的，亦即：即使不用审查让渡者的权利也无妨的那种可让渡性。当今种种近代资本主义所不可或缺的法律制度是如何发展出来的，容我们在别处说明。[45] 此处将只简短地考察一下先前的状态。在古代的法律当中，希腊法对于债务关系设定上的直接代理可说是熟稔的，反之，在罗马法里，此种直接代理几乎是不可能的。[46] 此种法律状态与市民法诉讼的形式主义相关联，而且显然促使真正的资本主义经营有利用奴隶的可能，而资本主义经

[44] 根据米泰斯(L. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, Bd. 1, 1908, S. 316 ff.)的说法，dolus(恶意)的概念是依序从(1)dolus malus(诡计)、(2)违法性的意识、到(3)违反 bona fides(诚信)而扩张出去的；就第 3 种 dolus 之存在而无其他救济手段的情况下，是可以提起 doli 之诉的(actio doli, actio de dolo)，而随着 dolus 概念的扩张，契约债务的诉求可能性也被扩大了。另参见 Jörs-Kunkel-Wenger, *Römisches Privatrecht*, S. 177, 260。

[45] 参见 Alexander Leist, *Die moderne Privatrechtsordnung und der Kapitalismus*, bearb. V. Hans Nipperdey (*Grundriß der Sozialökonomik*, Ⅳ. Abt. I. Teil [1925], S. 27 ff.)。

[46] 英译者指出，一般而言欧陆的法学理论区分代理为两类，(1)直接代理：代理人可以明白地以自己之名为其所代理的人签订契约或成立债务关系；(2)间接代理：其中，被代理者本人并未被提及也未曝光。就技术上而言，唯有前者才堪称代理。罗马法里除了 mandatum(委任)之外并没有技术层面上的“代理”这种术语。的确，根据保罗斯(Paulus)的说法(见《法学汇纂》45,I,

营实际上是广泛承认代理的。古罗马法，甚至日耳曼法，由于债务关系的严格个人性格，故不知所谓债权的转让。㊼直到后来，罗马法才借着间接代理的办法，做出债权让渡的代用品，然而这在真正的商业交易所能发挥的效用，却因后来帝国立法的实质—伦理倾向而再度受阻。㊽事实上，直到步入现代为止，对于债权的可让渡性并无十分强烈而实际的需求，只有以下的两种债权例外：其一，成为规律性交易之对象的债权；其二，直接目的在于将请求权转移给第三者的债权。

为了应付此种需求，产生出通过指定证券（Orderpapier）和无记名证券（Inhaberpapier）的（债权的）商业化。这些证券运用于债权、特别是货币债权的让渡，也运用于对商品和企业持分的处分权的让渡。罗马法对此一无所知。现今也仍未确定，是否如戈尔德史密特（Goldschmidt）所认为的，希腊化时代的持件者所据的证书，或如寇勒（Kohler）所言的，在汉谟拉比时代已有的持件者证书，真的就是无

（接上页）126，2）："通过自由人（或代理人）来签订契约是不可能的。"（"per liberam personam obligationem nullam adquirere possumus"）盖尤斯也有同样的说法。不过，在罗马法律师利用惯例的微妙手腕来创造例外的情形下，罗马法实际上也偏离了原先这种否定的立场。至于希腊法，直接代理为人所周知，不仅是因为奴隶在商业上所扮演的角色，也因为代理的概念被使用于 tutela（监护）与其他的制度上。

㊼ 事实上新旧债权人转换的效果是可以新债代旧债的方式（novation）来达成的，亦即同意债务人对原债权人的旧债得以消灭，而以对新债权人的新债来取代。

㊽ 例如公元 422 年根据 Honorius 与 Theodosius II 两位皇帝的敕令，禁止将债权让渡给社会上的有力人士（potentior）；380 年及 532 年的敕令禁止对争讼中的债权进行让渡；506 年的 Anastasius 敕法规定，若债权人以债权额以下的价格将债权让渡出去，债务人即可基于清偿此一让渡价格而免除债务，查士丁尼皇帝亦采用此一规定，并且禁止债权让渡人过去及现在的监护人或保护人成为受让人。

记名证券。[49] 不过,无论如何,这些书券使得支付给第三者或透过第三者来支付一事,事实上成为可能,这在官方的罗马法却仅能间接做到。古典罗马法对于真正的权利处分证书根本一无所知,除非我们将文书契约(Literalkontrakt)[50],亦即银行业者的金钱出纳簿(Bankiersbuchung),也视为权利处分证书。希腊化时代的法律和后期的罗马法或许是透过国家的强制登录——起初基本上是为了国库的租税目的服务,而从证书技术——在东方自最古老的时代起即已发达的证书技术,发展出对某些行为加以义务性证书化和使用类似有价证券的现象。

在希腊城邦和希腊化时代的城市里,为了公告之便,证书技术是由两个不为罗马人所知的制度来运作,亦即法庭书记(Gerichtsmerker)与公证人。公证人制度已由帝国东半部起,继而为西方所承接。然而,在西方,罗马晚期的证书实务的进一步发展,毋宁是要等

---

[49] Levin Goldschmidt (1829—1897), 德国法学者,生前最后为柏林大学教授,韦伯的学位论文"Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter nach südeuropäischen Quellen"即是在他指导下完成。本文提及的论点参见其著作 *Universalgeschichte des Handelsrechts* (1891, S. 80, 82, 387, 390 ff.)。

Josef Kohler (1849—1919), 亦为德国法学者、柏林大学教授,比较法学的权威。与本文相关者,见其著作 *Hammurabis Gesetz* (1904, Ⅲ, S. 237)。

[50] 文书契约是指根据以下做法而成立的契约,亦即在征得债务人的同意下,将一定金额支出给此人的要旨载入债权人的金钱出纳簿(codex accepti et expensi)。只是,这不包含新记入金钱的支出,而不过是下列两种移转记入(transcriptio)的情形:其一,从人到人的移转记入(tr. a persona in personam),譬如 A 是 B 的百元债权人,而 B 为 C 的同额债权人,此时若 A 在自己的金钱出纳簿里记入自 B 受领百元而贷予 C 百元,则根据此一记入,现实里并未发生金钱授受,但 A 与 C 之间即成立了新的债务关系。其二,从物到人的移转记入(tr. a re in personam),例如 A 对 B 因买卖而拥有债权时,A 在其出纳簿里记入受领了 B 的债务清偿,然后再记入对 B 支出了相同的金额,此时基于买卖的债务关系即此消灭,而根据此一记入,A 与 B 之间成立了新的债务关系。古典时代里利用此种金钱出纳簿的主要是银行业者,而市民被想像是以银行业者为中介而用上述方法来更改债务关系。

到步入7世纪时、后罗马时代的证书制度的出现；而这恐怕是东方的商人，特别是叙利亚商人的大量流入所促成的现象。其后，作为权利担纲者的证书，无论是指定证券或无记名证券，当然异常迅速地发展起来。而且，令人惊异的是，此一发展正是发生在这样一个时代：比起古典古代来，我们不得不视其为交易密度受到极端限制的时代。视此，法律技术似乎也和其他经常发生的情况一样，就此循一己之路挺进。这种情形，决定性的关键应该是在于：统一的法律崩解之后，发展走向乃取决于交易中心点的利害关系人及其只受过技术训练的公证人，公证人则是古代的交易传统唯一留存下来的担纲者，因而独自担当起创造性的活动。

然而，如前文所说的，正是在证书制度方面，日耳曼法的非理性思考形式亦有助于此种发展。换言之，证书从庶民看来，犹如一种拜物(Fetisch)，将之依法律形式递交出去——最初呈递于证人面前，将会产生特殊的法律效果，就像其他原本是半巫术性的象征物所能发生的作用，诸如日耳曼法的投枪(Gerwurf)[51]和棍棒(festuka)[52]，以及相当

[51] 枪(ger, Speer)与剑、军旗、盾、棒(festuka, 笏)等都是支配权的象征，将枪投弃是象征着一方的权利放弃，而投掷给某人即象征着将权利放弃给某人。伦巴底人部族尤其常用枪来作为象征物，他们有称之为 gairethinx (Speergedinge)的遗赠行为，亦即，在法庭(thinx)上，首先由被继承人将枪交到一名证人(Speerbürge)手里，然后再由此名证人将枪交到应该继承的人手上。

[52] Festuka 是日耳曼人之间极常使用于各种用途上的象征物，然而至于其原来是草茎或是木棒，以及其由来为何与作为象征物有何意义，现在则无法十分明了。大致上 festuka 是以(1)投掷、(2)交付的方式来加以利用。我们认为投掷是古时的利用方式，是用以打破原有关系的单方行为，例如，封臣用来打破其与封主之间的主从关系，此一情形后来逐渐添加上折断 festuka 的行为。不过，第(1)种方式也由于 festuka 被投掷于对方怀里或对方之拾起而渐次趋进于第(2)种方式。(2)是象征着将权利让渡给对方的行为，例如，经由 festuka 的交付而产生不动产所有权之让渡的效果(亦即所谓的 exfestucatio)。

于后者的巴比伦法的棒(*bukannu*)[53]。起初,当事人的给付行为里并不使用有记载的证书,而是使用并无记载的羊皮纸,后来才将记录登载到羊皮纸上。在日耳曼的法律象征主义和公证人实务的交相影响下,大大促使了意大利法律早在中世纪初期即已根据证书来作证明,相反的,英国法律却长时期暗于此种手法,印章在此扮演着决定性的权利设定的角色。

不过,近代商法的有价证券的各种类型的发展,在中世纪的进程中,颇受阿拉伯法律的影响,而且部分是由于商业上的需求,部分则由于行政上的需要。古罗马的商业,即使没有这种我们现今看来不可或缺的重要技术手段,显然也可以而且也必然行得通。

三　契约自由的各种实际意义及其限制

最后,如今已根深蒂固的状态是:不管是怎样的契约内容,只要不与契约自由的限制相抵触,即能在当事人之间建立起法律,而且,特别的形式只有在法律基于合目的性的理由下才有必要强制规定,特别是为了权利可清楚无误地加以证明和为了法律的确定性。此种状态,无论何处都是到相当后期才达成:在罗马,直到法律渐次国际化时,在近代,则是因普通法的学说和商业上的需求,方才促成。

---

[53] 在巴比伦法里,"古老时代通常是以棒 Stab(以及钩 Haken)亦即 bukannu 的交付来作为让渡的象征。此一形式在汉谟拉比之后就消失了,在其立法里此一形式即已不复出现。bukannu 无非是从早先的灵力信仰(Geisterkult)演生出来的象征物,就像德意志法的 festuka 是灵(卖方的灵[Seele]也好、土地的灵也罢)的担纲者那样,bukannu 亦是如此。只是,就起源而论,物也是被视为具有灵力的;到后代,神秘之石(mystische Steine),即所谓的 kudurus 亦被加以利用,用来象征土地所有权"(J. Kohler- L. Wenger, *Allgemeine Rechtsgeschichte*, Bd. 1, S. 60)。

不过,尽管这种契约自由在现今普遍存在,但近代的立法并不只满足于确定人们原则上可以不计任何内容——除了特殊限制的情况之外——随意订立有效的协议,而是要通过林林总总的特殊的授权命题(Ermächtigungssätze)来对协议的一个个类型加以规范,其中特别是采取任意性规范(dispositives Recht, ius dispositivum)的原则,亦即除非当事人另有协议,否则规定即刻生效。[54] 不过,此种做法一般而言主要是立意于合目的性的观点。换言之,当事人并不是真的想要实实在在地去规定所有可能的相关点;另一方面,能够依循测试过的、尤其是众人所熟知的类型而行,确实方便得多。尽管如此,授权规范和契约自由的意义绝不止于此。它们尚有更为根本的意义。

此处要谈的正是:通过授权规范的规制,在某些情况下,不仅会为个人彼此的自由领域划定界限,而且必定会超出这项工作范围。因为,一般而言,被容许的法律行为亦包含:授权为了利害关系者,连**第三者**——并未参与该一行为者——也要加以约束。在某种程度和意义上,所有的两人之间的法律行为,由于牵扯到受法律保障的处分权的分配方式,几乎全都会影响到与不确定多数的第三者的关系。不过,此种影响的产生方式形形色色,不一而足。要是法律行为仅仅是在直接当事人之间创造出请求权与义务,那么纯就外表上看来,似乎完全不见此种影响的踪影。因为此时受法律所保障的,事实上似乎只是承诺之事会被履行。再者,要是财产仅仅是根据法律行为而从一人之手转移到另一人手上,那么,一如通常发生的情况,第三者的利益似乎很少因此受到影响。因为既然他们前此及而后均未插手此项财货,那么所必须做的也只是承认有另外一个人成为持有者罢了。

[54] 有关任意性规范与强制性规范(ius cogens)之间的区别,及其在民法上的应用,详见英译本 *Economy and Society*, vol. 2, pp. 740—741 注 61。

实际上，这种第三者的利益不受影响的情形往往是相对的。譬如，当某人有了新的债务负担时，此人的债权人的利益即会因为此一债务人的负担义务之扩大而受到影响；又例如，土地买卖时，新的所有者是否比原来的所有者更具有经济能力来变更土地的使用方式，在在影响到邻人的利益。这都是一般受法律所容许及保障的主观权利实际上可能会产生的**反射**效果。法律秩序不会总是轻忽了此种反射效果，例如后期罗马法里禁止将债权让渡给“有力者”(Mächtigere, potentiores)，即是明证。[55]

不过，借着契约自由的利用，第三者的利益更有在特别不同的另外一种方式下受到影响的情形。例如，某人借着契约将自己卖为“奴隶身份”，或一个女人通过婚姻契约而委身于“夫权”的支配，或一块土地被宣告为“家族世袭财产”(Fideikommiβ)[56]，或某些人成立“股份公司”。在这些情形下，第三者的利益自然会受到影响，而比起前述例子来，受影响的方式在**质**的方面有所不同，虽然在量方面受到的影响往往比较小，而且影响的层面也依个别情况而事实上有出入。因为，和前述诸例相反的是，此处，对某些特定的人和财货向来**一般**是具有效力的**法律**交易规则。例如有关契约有效性的规则、有关债权人对财产强行处置的规则，会由于这些协议、且为了契约

---

[55] 参见本章注48。

[56] “家族世袭财产”是指确保家族财产(尤其是土地)不受分割地掌握在该家族手中的制度。家族成员中的一人成为世袭财产的统一的保有者，此一保有者的地位则根据单独继承法而被继承，但他只握有世袭财产之果实的处分权而不是世袭财产本身的处分权；规制保有者及其家族成员之关系的方式则不一而足。世袭财产的设定，在高级贵族方面是依据家法(Hausgesetz)的制定，至于其他情形则依据生前或死因处分而产生，不过有时必须获得庄园领主的认可。此一制度自中世纪以来广为富裕者尤其是贵族所利用，后来为《魏玛宪法》(第155条)所废止。

订定者的利益，而被全新的、异质的、连任何第三者的请求权和机会也都加以约束的、法律上的特殊**规范**所取代——只要法律的效力与强制保障是属于契约订定者的自由安排范围。奴隶、妻子、成为世袭财产支配者的土地所有者这些人，至少所有将来的、通常连同前此的契约，以及代表新公司的那些人的某些契约，今后都要服属于全新的法命题之下，亦即**特别法**（Sonderrecht）——截然不同于前此依据一般有效规则而适用的法命题。

法律的法学表现技术会因此而掩盖了第三者的利益受到影响的状态，通常也掩盖了特别法的意义。例如，股份公司在法律上必须具有明示出额度的“资本”，而且在一定条件下，此一资本可以经由股东大会的决议而“减资”。但实际上，这意味着：当初协议成立此种目的团体的人，在法律规定下，必须宣示有一笔余额存在，亦即由财货和债权所构成的共同财产扣除“债务”后，多出来的一定数额，永远都是债权人和后来加入此一团体的股东可以得见的存在。如果管理者和其他参与业务的股东结算每年应该派分的“利润”，则在刑事法律后果（亦即刑罚）的威胁下，将会以如此方式受制于上述的宣示，亦即：利润的派分只有一种情况，必须是在精确估算和簿记规则的运用下，被宣告为“资本”的数额能够为财货和债权所超溢。不过，在一定条件下，参与公司营运的股东有权撤回上述宣告，并因此削减对债权人和后来加入的股东的相对保障。换言之，自此而后，尽管未能超越起初所宣告的数额，还是得以分配利润。显然，根据这样的或类似的授权特别法命题而成立“股份公司”的可能性，会在质的方面以相当特殊的方式影响到并非现任股东的第三者——包括债权人和后来取得股份者——的利益。同样的，将自己卖身为奴隶而造成的、对第三者的契约能力的限制，以及女人因嫁入夫家而形成的、对丈夫财产的一般抵押权——在许多法律体系里，此种

抵押权优先于先前存在的各种担保义务[57]——两者自然都是同一回事。

对第三者的法律状态产生影响的这种模式，由于**背离**了在其他情况下均为有效的**法律**规则，所以超越过几乎所有的法律行为皆会产生的、而且总是能凸显于直接相关者的范围之外的“**反射**效果”。反射效果和特别法的这种对立会在变动不拘的过程当中相关联到什么程度，此处姑且不论。总之，就授权而言，“契约的自由”在意义上远**超出**光是“自由权”的给予；前者意味着授权有效地达成如下的法律行为：此种法律行为不仅反射地，而且借着特殊的**特别法**，超越过契约缔结者的内在关系——尽管此种权力的授予仍受到保护第三者利益的(相对)少数规定所限制，然而后者则仅意味着授权可以随意地采取或放弃某些具体的行动。

另一方面，法律也可能会否定下列协议的法律效力，就算此种协议似乎一点儿也不会(至少直接地)影响到非参与者的利益，并且除了一般有效的法律之外，一点儿也不涉及特殊规则；或者此种协议对第三者只会有利而不会有任何损害。对契约自由的这种限制，理由殊异多端。例如古典罗马法，不只不承认以特别法的形式直接影响到第三者利益且建构成变异法(abnormes Recht)的、一切形态的有限责任(股份公司或之类的)和合股公司的特别规范(连带责任与固有财产)，而且也否定例如永久租金之设定的可能性，尽管这只会

[57] 查士丁尼大帝时，为了确保妻子(向丈夫提出)的归还嫁妆的请求权，而规定在婚姻成立之际妻子即取得丈夫全部财产的抵押权(Codex, 5, 13, 1b)，进一步，明定此一抵押权优先于婚姻前丈夫的债权人所取得的抵押权(Codex, 8, 17, 12, pr. -1)。拉丁语系的法律很多都规定妻子对丈夫全部财产的法定抵押权，例如法国民法的第2121条即是如此，又如比利时、意大利、西班牙、墨西哥、巴西的民法等皆是。反之，德国在继承罗马法的时代，曾一时承认妻子对丈夫财产的一般抵押权，但此一制度毕竟未能生根。

反射地影响到第三者，诸如定期金买卖（Rentenkauf）[58]和永佃关系（至少私人是不被认可永佃关系的，因为永佃地［ager vectigalis］的制度最初只有城市方能行之，直到后来才开放给大土地所有者）。[59] 古典罗马法亦不知无记名证券和指定证券，并且最初也不承认对第三者的债权让渡。此外，例如近代特有的法律也拒绝承认这样的契约——臣服于奴隶似的私人关系的契约，亦即，创设出特别法的契约；不只如此，例如德国直到最近[60]，也如同罗马法一样，全盘禁止对

[58] 定期金（Rente）是定期进账的收入之总称。不过，像薪俸那样带有现实劳务性格的收入并非此处所谓的定期金。定期金买卖是中古城市盛行的资本投资和资金调度的方法。譬如资本需求者（乙）设定出其土地上的实物负担的定期金请求权（例如每年从这块土地征收 100 马克的权利），然后将之以 1000 马克出卖给资本提供者（甲），甲则支付给乙这笔款项（1000 马克的投入资本）。以此，甲的资本就生出定期金收益（每年 100 马克的利息），而乙则获得必需的资本。这原本是应付教会之消费借贷禁止取息法规的一种脱法行为，在形式上全然不是消费借贷的买卖，所以甲并不具有本金返还请求权，而乙也无法以退还本金而免除定期金债务。此乃其亦有“永久金”（Ewiggeld）之名的缘故。不过，对于定期金买卖慢慢地也有协议以偿还本金而买回定期金权的特约出现，最后演变成即使没有特约也可以偿还本金而免除定期支付的情形，业已近似付利息的消费借贷。

[59] ager vectigalis 的制度是指每年支付一定的租金（vectigal）而得以永久或长期（通常是百年）耕作城市所有地的权利。若此一权利（ius in agro vectigali）单只于债权则会成为土地利用上的障碍，所以法务官便给与物权的保护；在盖尤斯的时代，此种权利的设定行为到底是赁贷租借还是地上权的买卖，一直有所争论，但自共和末期以来、尤其是元首制初期，此种设定被广为利用而逐渐称为“永久权”（ius perpetuum）。另一方面，自 3 世纪以降，为了开垦在非洲的皇帝所有地，产生了只征收少额租金（canon）即认可此种土地之耕作的所谓 emphyteusis 的制度。这在最初是有期限的佃作权，但逐渐演变成事实上的永佃权，并且为了个人所有地之利用而更加扩张，至 4 世纪中叶时前面提及的永久权亦包含在此一名称中，可以看出两种制度的融合。

[60] 第一次世界大战前。

土地设定永久的定期金负担[61](现今在一定的前提条件下是被允许的)。近代法律更是认定许多作为特别法或以反射的方式而不会影响到第三者的契约、并且是古代认为全然正常的契约为"有违善良风俗"而标明其为无效的协议。特别是有关性关系的个人间的协议,例如在古埃及就几乎拥有完全的契约自由,[62]但在只容许合法婚姻的现代则被排除出去。同样的,其他有关家族法方面的约定,譬如关于父权与夫权等古代所熟知的大部分协议,亦莫不如此。[63]

契约自由的界限是如此地因时代而异,而其限制的理由则各自不同。特定的授权之所以不存在,可能是基于:就那个时代的交易技术而言,对那种制度加以法律上的承认,并没有绝对的必要。古代罗马法,或者更慎重地说,官方的罗马帝国法,之所以没有无记名证券和指定证券,似乎也可以这么解释。因为至少在表面上与此类似的证书,古代并非一无所知——早在古巴比伦时代就有了。同样的解释也

---

[61] 永久的定期金负担是中古法里一种常见的制度,如从本章注 58 所谈的定期金买卖便可看出许多封建和庄园的土地实物负担甚至是劳务负担都被转变成货币定期金。在法国,所有这些古老的税赋都被 1789 年的革命所扫除,在德国及其他中欧和西欧国家,则在所谓"土地解放"(Bodenbefreiung)——自由主义的首要主张之一,也是 19 世纪的主流——的过程中被迅速摊还。不动产法则以排除新的永久金之设定的方式重组。1896 年的德国民法法典只准许在严格界定且相当有限的程度上为某些特殊的目的创设此种永久负担。参见德国民法第 1105—1112 条物的负担(Reallast)、第 1199—1203 条租金债务(Rentenschuld)的相关规定。

[62] "现今,婚姻之外的性享乐契约虽被视为违反善良风俗(trupi causa)而无效,但在普多雷麦斯王朝时代的埃及,享有性的契约自由,女方若以身相许,她便可以诉求可能的方式确保其扶养金、继承要求权及其他权利。"(M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S. 44)

[63] 罗马的这类制度诸如 arrogatio(对一名从未服属于任何家长的家父权之下的成年男子建立起家父权)、adoptio(由某一家长对其家子的家父权转移到另一家长手中)、emancipatio(解除加在某人身上的家父权)。

可适用于近代资本主义的结合体形态(Vergesellschaftungsformen)为何并未出现,类似的形态只能在古代国家资本主义的结社(Assoziationen)里找到,因为古代的资本主义基本上是寄生于国家的。[64]

不过,缺乏经济上的需求绝不足以说明在过去何以没有某种法律秩序出现。就和工业—技术的方法一样,在法律保障之下的、合理的法律技术模式,首先必须要被"发明"出来,以便为现实的经济利益服务。因此,一个法律秩序里特有的法律技术特性,亦即法律秩序所据以运作的思维模式,对于某种特定的法律制度会在此一法律秩序里头被发明出来的可能性而言,要比我们寻常所认为的具有更大的意义。经济状态并非径直自动地产生出新的法律形式来,经济状态毋宁只是蕴含着法律技术被发明且(一旦发明出来的话)被普及的一个机会。

许许多多现代特有的资本主义的法律制度,是起源于中世纪,而非罗马——尽管从逻辑的观点而言,罗马法比中世纪的法律要来得理性化得多;此一事实固然是出于某些经济因素,但亦由于种种不同的纯粹法律技术因素使然。西方中世纪法律的思维方式,例如:并不把证书合逻辑地当作是一种理性的证明手段,而是纯粹直观式地(起初是巫术般地)视之为权利的一种感官性的"担纲者",这乃是一种法律上的"泛灵论";又如:由于法律的分化林立而造成的惯习,亦即所有的共同体对于其成员的行为皆负有对外的连带责任,以及,认为在极为不同的各个领域里将特别财产群分离处理并无不妥,[65]这两种惯行都只有通过特定的政治条件方足以说明。以上,在法律发展的逻辑面和国家**制度**面上的种种"落后",比起在逻辑上和技术—政治

[64] 参见下一节讨论团体的法人格部分。

[65] 此一现象在中世纪随处可见。例如自有地(Allod)、采邑(Lehen)、服务领地(Dienstland)和农民保有地的分别,世袭财产和其他财产的分别,Hantgemal和其他财产的分别等。

上更加理性化的罗马法，更能在商业交易上为实际可用的法律技术模式提供远为宽广的发展空间。常见的一般状况是，与正在形成中的近代资本主义特别能够相配合的那种特别的法律形态——就像是中世纪的商法上的各种制度，较容易在这种社会的脉络里发展出来。亦即，此种社会，基于政治的理由，产生出许许多多的特别法，得以相应于全然具体的利害关系者群体的利益。

不过，无论如何，下面这种情形也起了相当的作用。亦即，对上述那种在逻辑上尚未理性化的法律而言，法律特有的“学术性的”处理准则，仍是其闻所未闻的。换言之，在此种准则下，凡是法学者无法以其既有概念加以“建构”的，因此也无从加以“思考”的，在法律上也就无法存在。在某些情况下，法律的理性化事实上意味着：繁复形式的“穷困化”（Verarmung an Formenreichtum）[66]——尽管此一观点实不应如现今那样被夸大。契约自由的其他限制，例如在家族法问题上将契约自由加以排除或限制——此乃大多数近代法律的特征。又如，禁止以契约的方式卖身为奴等，主要都是借着伦理的或政治的利益与观念而产生出来。

性的契约自由，并非原始事物。工具最为落后且社会—经济的分化程度最小的部族，事实上一直都是过着家父长制的一夫多妻的生活。对族内婚的忌讳，显然是从家共同体内部最紧密的一个圈子开始，这和基于共同成长而使得性冲动相对减低的情形相关联。用自己的姊妹来交换别人的姊妹，因此可能是最古老的性契约，以此而发展出女方氏族用之以交换现物，最后则为正常的婚姻形式：买妻。[67] 买妻在印度和罗马一直都是平民特有的婚姻缔结形式，有别于贵族的婚

---

[66] 详见本书第八章。

[67] 英译者指出，韦伯此处关于契约在性关系上所扮演的角色主要是参考 J. Kohler（*Zur Urgeschichte der Ehe*, 1897）、W. Wundt（*Völkerpsychologie*, 1917）以及特别是他的妻子 Marianne Weber（*Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, 1907）的说法。但根据 P. Koschaker 较新的研究（*Die Eheformen*

姻缔结形式，亦即掠夺婚(Raubehe)与宗教婚(Sakramentalehe)。[68]

(接上页)*der Indogermanen*, 1937)，则买妻是否真的是原始或古老文明的"正常婚姻形式"似乎未能视为定论："许多古代法都知道双重的婚姻形式。这种双重性之存在于罗马法里是早就为人所知的，后来发现这也存在于其他许多法律里。其中的一种形式特点在于不用付一笔钱给新娘。这种婚姻并没有特殊仪式的规定，根本只基于夫妻双方的合意。不过，另一方面，丈夫并不要求对妻子的夫权，并且子女也是延续妻家的香火。……然而正常的形式是丈夫付出一笔'聘金'(bride price)并要求对妻子的夫权的这种婚姻。第一种婚姻是只发生在特殊类型状态的例外，例如诱拐者与被诱拐妇女之间的婚姻，或者女方是其祖先的唯一继承人而丈夫因新妇之故进入妻家；总之，不管基于何种理由，情况是附带夫权的婚姻不合于特殊的目的。成熟的罗马法占有一种例外的地位，因为无夫权的婚姻似乎是正常的类型。若说早期的情况可能是不同的而且在罗马无夫权的婚姻也和其他法律里的婚姻发挥出类似的功效，这倒是可能的，不可能的是从断简残篇的数据里来证明这点。……(至于买卖婚)我们在文献里发现到的一团无可救药的混乱。以来自各国的学者为例，他们无一不认为买卖婚当然可能存在于其他民族，但在自己的国族里绝对不可能有像交易似的买来女人的这种野蛮行径。"(loc. cit. *Archiv Orientalny* 210, 211)

[68] 关于印度方面，韦伯有如下的陈述："今日，在印度，不只是种姓与种姓之间，就连次种姓与次种姓之间，也都是严禁通婚的。……在更早以前，情形并不是这么一回事，而且至今仍为某些重要种姓的惯习。即使是现今，我们还是偶尔可以发现属于同一种姓的次种姓之间，甚或是社会地位相当的种姓之间，充分通婚的情形。这在更早以前，无疑是较为普通的现象。尤其是，通婚原先显然并不是被禁止的，一般惯行的毋宁是上嫁婚(Hypergamie)。高阶种姓的女子下嫁较低种姓的男子，会贬损女方家族的身份荣誉，然而拥有较低种姓的女子为妻，却不会有此顾忌，他们的子女也不会受到贬抑(即使有也只是某些方面)，直到确实是后世才制定的继承法里，他们才受到较不利的待遇。……结果是：印度的低阶种姓女子拥有一个广大的婚姻市场，并且越低阶者越大，反观最高阶种姓的女子，其婚姻范围却仅局限于自己的种姓内，更甚者，由于低阶种姓女子的竞争，即使是在这个有限的婚姻市场里，她们也未必一定能独占。这导致低阶种姓的女子因需求甚殷而抬高出嫁的身价，并因而多少造成一妻多夫制的现象。反之，高阶种姓的女子则难于找到身份相当的夫婿，并且越是难找到，未能及时成婚也就越是失婚女子及其父母的耻辱。女孩的父母亲必须以极为可观的妆奁来买一个女婿，而女婿的招募(通过婚姻中介者)则成为父母自女儿幼时便最为担忧的事。事情发展到最后变成：女孩子如果长到青春期都还未能找到夫家，那么简直就是一种'罪恶'。"(韦伯，《印度的宗教》，页61—63)

不过,掠夺婚和宗教婚两者都是某些社会团体形成后的产物。掠夺婚是军事性的男子结社所造成,此种结社不仅将青年男子拖离家族共同体,并且使妇女和小孩集结成母系团体(Muttergruppe)。在男子集会所里,掠夺妇女是获得妻子的英雄行径。此外,为共同生活的男子向外购买妇女,连同向外掠夺妇女皆促成了妇女交换集团的形成,而这或许正是族外婚的由来。在某些特定的泛灵论观念于其内部生根之处,此种族外婚乃受到图腾制的规制,[69]对于部族集团(Phratrien)原本就是狩猎族群的民族而言,此一现象特别普遍,[70]并由此演变成举行秘迹典礼的祭祀共同体。

---

[69] "基于泛灵论的图腾制或许也可以在男子集会所里找到起源,尽管后来与后者已别无关系。所谓图腾是指被认为有某一种灵附着其上的动物、植物、岩石、人造物或任何东西;图腾团体的成员与这个灵结合成泛灵论式的共同体。当图腾是个动物时,便不许屠戮之,因其血脉亦是共同体的血脉;以此,产生出特定的礼仪上的食物禁忌。图腾伙伴构组成一个祭祀团体,亦是个和平团体,彼此间不准争斗,并且施行族外婚,因为图腾伙伴间的通婚被视为近亲相奸,须科以重刑,于是遂与其他图腾团体成立婚姻同盟关系。此种意义下的图腾团体是个宗教礼仪的团体,经常横贯于家共同体及政治共同体之中。"(M. Weber, *Wirtschafts-geschichte*, S. 52)

[70] 古希腊城邦内部通常分为数个部落(phylai),部落再分为数个部族(phratriai),部族则由数个氏族(clan)构成。例如多利安人的城邦划分为3个部落、27个部族,爱奥尼亚人的城邦划分为4个部落、12个部族,罗马人则划分为3个部落(tribus)、30个部族(curia)。韦伯认为部族并非最早的血缘性共同体,而是人为形成,基本上属于军事性的团体。至于部落的历史更短,是政治性的部落团体。"在通过一种兄弟盟约关系而形成的各种城市祭祀团体里,部落与部族两种团体可说是最为重要的,它们的地位在极早时期即已非常显著,并持续到相当晚的时期,任何人都必须是这两种团体的成员才会被接受为市民。部族的出现确定可以追溯到城市兴起之初。后来基本上成为一个祭祀团体,不过还带有其他一些功能,例如在雅典,它们负责评定年轻人的军事能力,以及与此相关的继承权。因此它们必然是源自军事性团体,就像我们前面曾提到过的'男子集会所'一样",详见《非正当性的支配——城市的类型学》,页52及页111及以下。

氏族集团的发展愈是有限,或者愈是松散分裂,家父长制婚姻就愈形显著,尤其是表现在首领和名门望族身上。换言之,他们以家长的身份,在一夫多妻的形式下,完全自由地支配其家族成员:要不是随心所欲地役使他们以供一己之用,就是——在氏族仍然强大的状况下——将他们用在交换上,只不过要将收益的一部分分给氏族伙伴。首先对家长的这种恣意利用加以限制的,是妻子的氏族。强宗大族并非将他们的女儿出卖为劳动牲畜或供对方家长任意驱使,而是在此女的人身拥有保障且其子女比其他女子或女奴所生的子女更具优越地位的条件下,才会将她递交出去。为此,在女儿出嫁时,要附上嫁妆。如此一来,便形成正当的正妻、正当的子女等所谓正当婚姻的法律标记。嫁妆,以及关于妻子的永久扶养、成为寡妇的抚恤、离异的赡养及其子女的合法地位等方面的文书契约,因此成为完整婚姻的标志,有别于其他所有的性关系。

不过,性的契约自由,同时也以许多不同的形式和程度展现开来,诸如劳役婚(Dienstehe)[71]、试验婚(Probeehe)[72]、一时的享乐婚,以及名门闺秀试图避免屈服于家父长的夫权以维持自由的婚姻。此外,本质上是卖淫的一切可能形式也同时存在着。[73] 换言之,提供性爱的服务以换取具体的代价,而非永久性的经济照料——此乃婚姻所特有的。卖淫,不管是同性间或异性间和以此而获得相对代价的可能性是自古

---

[71] 譬如当欠缺买妻的资力时,或如日耳曼法里缔结买卖婚(Muntehe)而又没有能力支付婚款(Muntschatz)时,丈夫进入妻家以劳力来慢慢偿付此项价款的婚姻。参见 M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S. 53。

[72] 试验婚的现象虽广见于未开化社会,不过,根据米泰斯的说法,罗马时代的埃及也存在这样一种婚姻,而且试验期间若女方怀孕,在同居一年后即缔结正式的婚姻。参见 Miteis, *Reichsrecht*, S. 223。

[73] 关于卖淫,参见 M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S. 44 ff.。

存在的。另一方面，几乎所有的共同体皆以此种盈利形式为耻。为了生产出正当子女以达军事上与祭祀上的重要目的，正规婚姻有其伦理与政治上的特殊评价，但这只是加强了以卖淫为耻的现象，而非造成此种歧视的本因。

在婚姻和卖淫中间，还有特别是行之于贵族的姘居关系。换言之，和女奴或姬妾、娼妓（Hetären）[74]、舞妓（Bajaderen）[75]保持永久的性关系，或者和诸如此类的、不受婚姻束缚而过活的女子，或过着粗野或升华的"自由"婚姻生活的女子，保持永久的性关系。这类婚姻所生子女的地位，只要不妨害到正妻所生子女的独占权，则全然委之于父亲的裁量。对这方面更严格设限的是独占性的市民团体，这类团体将政治—经济的市民特权保留给男市民与女市民所生的子女，正如古代的民主制所特别严格实行的。另外就是预言宗教所设的限制，其理由如前所示。[76] 古埃及的性的契约自由，乃取决于臣民在政治上的无权利状态，反之，古罗马法里，则将婚姻以及在一定状况下的姘居关系之外的性的契约自由都当作是污名事项

---

[74] Hetären 为希腊的娼妓，本来从阻街娼妓到具备高度知性与教养的艺伎都以此语称之，后来下级娼妓用了别的称呼，而用此专称高级艺伎。据说后者大大激发了希腊人的精神与文化生活，并且与政治家、哲学家、艺术家等常有深交，例如 Aspasia 即为伯里克利的第二任妻子，而 Phryne 则为公元前 4 世纪中叶的雕刻家普拉克西提列斯的爱人兼模特儿等。

[75] 性交行为作为一种祈祷丰年的咒术方式在农业民族间极为盛行：为冀求丰收便在耕地上举行性的狂欢宴饮。由于参加此种神圣行为，在印度产生了舞妓的职业。她们和希腊的 Hetären 一样都是自由的娼妓，也在印度的文化生活中扮演了重要的角色。不过，尽管生活条件优渥，在身份上却被视为贱民，所以正如舞妓戏剧所显示的，她们所认为的无上幸福便是能凭着神迹而被晋升到合法妻子的地位——即使生活至为艰苦亦无妨。

[76] 参见《宗教社会学》，第 11 章第 8 节"宗教与性"。

(causae turpes)而加以斥绝。[77] 姘居,原来被认可为法律地位较低的婚姻,在最后一次拉特兰公会议(Laterankonzil),以及宗教改革运动里,终遭禁止。父亲对子女的自由处分权,最初基本上是受到宗教法的禁制,其次为军事和政治上的理由,最后则基于伦理的因素,渐次遭受限制而最后终于完全被废除。

性的契约自由要想再恢复,在现今要比以前来得困难。女性大众势将反对追求男人的、性的自由竞争。依照埃及的史料看来,这种性的竞争将会使得最具性魅力的女性大大提升经济的机会,而不利于其他女性。同样的,所有传统的伦理势力,尤其是教会,也会起而反对。当然,绝对的自由或许不可能,但类似的情形反倒可能出现在正当的婚姻里。亦即,可借着极为容易或完全自由的离婚来达成,连带的是妇女在夫妻财产制当中经济上相当自由且受到保障的地位。此种相对的自由,各以不同的程度见诸后期罗马法、伊斯兰法、犹太法及近代的美国法律,有时也昙花一现于 18 世纪的诸种立法中。这些立法乃受到理性主义的自然法的契约理论,以及人口政策的诸种考量的影响。不过,结果却是诸多不同、大异其趣。只有在古罗马和美国,合法的离婚自由,实际上有一股(一时的)离婚运动潮流相应和。对此,妇女的态度呈现出种种独特的面相来。和古

---

[77] 污名(turpitudo)在罗马法上与前面提及的丧廉耻(infamia)同属名誉减损(existimationis minutio)的事项。有污名者是指因其行为卑劣受人蔑视而为社会舆论所不齿。由于这种名誉减损既非由法律规定也非由长官宣告之法律上的丧廉耻(infamia juris),所以又称事实上的丧廉耻(infamia facti)。对有污名者的权利能力的限制是不准他们担任需要诚信的职务,如监护人、保护人、证人等。在婚姻方面,即使在家长权之下的女子也可以拒不嫁与有污名者;在继承方面,若立遗嘱者将财产给一个有污名者而不给有法定继承权的兄弟姊妹,此即逆伦遗嘱,其兄弟姊妹有权向法务官提起告诉,要求撤销该遗嘱。

罗马的妇女一样,美国的女性立基于其稳固的社会实力上——无论是在家庭里还是在社会上,直接正面地追求经济的自由与离婚的自由。

反之,就在数年前,大部分的意大利女人,在传统的束缚下仍拒斥离婚的自由,认为会危害到她们的经济供养,尤其是到了老年的时候——有点像年纪大的劳工害怕丢了饭碗那样,而且或许也是恐怕追求男性的性爱竞争会加剧此种情形。一般而言,无论男人或女人,对于婚姻的形式性与权威性的束缚、特别是形式上之无法解除性的偏好态度,通常相应伴随着的是自己本身的实际性生活得以放荡不羁的倾向;或者恰好相反,特别是在男性这方面,由于精力减退或便宜权变,而对妻子的一时放纵抱持着忍受的态度。不过,在广大市民的想法里,子女受教育的机会可能因此(不管实际上或预想中)受到危害,才是他们拒斥离婚自由的关键所在;此外,特别是在男性方面,权威性的本能与单纯的性别虚荣,也扮演了一定的角色,特别是当女性在经济上解放到某种程度,以致男人得担心自己在家庭中的地位时。其次,政治权力和教权制权力的权威主义式的利害关心,更在下列这种观念的强化下,成为离婚自由的反对势力。换言之,在契约社会里因生活的理性化而高涨起来的这种观念,认为家族在形式上的团结,乃某些(多半是笼统意识到的)非理性价值的泉源,或是微弱的个人所寻求的超个人结合的支柱。所有这些不同的动机,在最近的这个世代里,都使得离婚的自由,及部分而言婚姻里的经济自由,遭到退潮的命运。

经济方面的处分自由,通常为家族内部的处分自由,亦即立遗嘱的自由,到了近代也面临被取消或限制的趋势。临终意愿的处分在形式的法律史上的形成经过,在此无意追究。实质上完全或几乎完全的遗嘱自由,历史上只出现过两次,亦即共和制时期的罗马与英国的法律。两者皆为强力向外扩张,同时也皆由拥有土地的名门

望族阶层所统治的民族。遗嘱自由在现今实际运作的主要领域，诚为拥有最佳经济机会的地区，亦即美国。在罗马，遗嘱自由乃是随着军事的扩张政策而增长，此种扩张政策使得未获继承权的子孙有了在征服地上维系生计的指望。不过，在殖民时代终了时，此项自由却由于承自希腊的取消不正常遗嘱的惯例（Inoffiziositätspraxis）而被取消。[78] 在英国法律里，为了使名门大户的产业获得保障，却以另一种方式来对应遗嘱的自由，亦即运用形式上和此种自由相对反的各种制度。诸如：不动产的采邑继承制（Lehnerbfolge）[79]、单子继承法（Anerbenrecht）和家族世袭财产制（Fideikommiβ）[80]。在近代民主制的立法里，以设定高额度遗留份额的办法，或如法兰西法典里，借着实际强制分割产业以禁止单子继承不动产的办法，都使得遗嘱自由受到限制或被废除，而这多半是取决于政治因素，并且过去如此，现在亦然。对拿破仑而言，除了借强制分割来粉碎旧贵族之支配的意图外，还打算建立采邑以作为他想创立的新贵族制的担纲者，而新贵族制则与其众所周知的信念息息相关，亦即：法典的导入，将使社

---

[78] 自共和制末期以来，未将适当额度的财产留给近亲者的遗嘱即为违反感情义务（officium pietatis）的逆伦遗嘱。立遗嘱者的卑属、尊属及一定范围内的同父母的兄弟姊妹在立嘱者死亡时所接受到的额度若不及未立遗嘱时所应受额度的四分之一（义务分 pars debita）时，于继承开始的五年之内皆可自行提起取消逆伦遗嘱之诉（querella inofficiosi testamenti）。

[79] 此语因版本之不同而大有变化：第四版为 Einordnung in den Immobiliarbesitz，1960 年的单行本则为 Erbfolgeordnung für den Immobiliarbesitz，而自 1964 年以降的论文版（Studienausgabe）即成为此译文所据的 Lehenerbfolge in den Immobiliarbesitz。关于采邑的继承，参见本章注 12。由于采邑会因继承分割而细分化，从而导致封臣的义务负担能力低下，所以封主会从继承人当中选择一人予以概括性的再授封，依循此例，英国与法国遂制定出采邑的长子单独继承法（Primogenitur）。

[80] 关于“家族世袭财产”，参见本章注 56。在英国是利用 settlement（继承的不动产处分）来达到相同的目的。

会势力的分配方式交到政府的手里。[81]

禁止将自己自愿地委身于类似于奴隶形式的关系，此一做法抑止了奴隶制的延续，这乃是世界经济支配重心发生转移的结果。而这种转移又是基于数项因素的配合，诸如：由于维持其生计的成本太高而变得无利可图的奴隶劳动，由于采用以解雇和失业为威胁的工资制度而发展出来的间接性的劳动强制；比起直接强制来，间接强制被认为更能有效获取高品质的劳动力，同时又能自从属者那儿榨取劳动，从而避免投资于奴隶劳动所带来的重大风险。宗教共同体，特别是基督教，在古代对于抑止奴隶制度扮演微不足道的角色，较之斯多葛学派更为不如，到了中世纪和近代，虽然比重较显著，但绝非关键性的要角。古代的资本主义奴隶制毋宁是随着帝国对外的和平化而萎缩——此一和平化只是让和平的奴隶交易成为西方进口奴隶的唯一主要来源。

美国南部各州的资本主义奴隶制，在自由的土地一旦告罄且奴隶价格也随着奴隶进口的终止而垄断腾升之余，便告寿终正寝了。借着南北战争而废止奴隶制度，是原来纯粹政治与社会的对立被催化进行的结果，亦即北部各州的农人民主制与市民金权制之对立于南部各州的农庄贵族制。在欧洲，由于劳动组织特别是行会劳动组织纯经济性的演进结果，在南欧整个中世纪一直残存的奴隶制并未流入工业领域。在农业方面，输出性产业在近代进程的发展，却进一步加强了领

---

[81] 详见拿破仑于1806年3月8日与6月5日写给其弟 Joseph（King of Naples）的信件（*Correspondance de Napoléon I*, publiée par ordre de l' empereur Napoléon Ⅲ., tome 12, 9944（p. 167）, 10314（p. 432 et seq.）。拿破仑在这两封书信里明确表达他的意图在于将法国以外实现新采邑（fief）的同样任务在法国国内借着 majorat（长子单独继承财产）的设定来达成。成为此制之根据的法国民法法典第896条第3项，据说是1807年9月民法改版之际遵照拿破仑的指示而插入的条文。

主利用人身不自由的劳动力，尽管如此，近代生产技术的发展最后还是使得不自由的劳动变得无利可图。不过，无论何处，人身的不自由最后遭到全面废止，决定性的关键均在于自然法的强烈意识形态。

东方的家父长奴隶制——此一制度尽管是以东方为其古老且特有的根据地，但在东亚和印度却并未广为流传——由于非洲的奴隶交易被禁止而濒临灭绝。既然奴隶在古埃及和中古后期的高度军事意义已经因为雇佣兵的技术而没落，其原本就不太大的经济意义也随之迅速衰退了。奴隶制在东方从未扮演过其于迦太基和罗马共和制晚期所扮演的角色，亦即由领主所经营的大农场奴隶制。在东方，奴隶部分是被用作家内奴隶，正如其在希腊和希腊化地区被使用的方式，部分则如巴比伦和波斯地区所呈现的，像雅典那样，是加诸手工业劳动者的一种可带来利润的产业投资形式。在东方和在现今的非洲内陆完全一样，此种家父长制的奴隶制往往远比其法律形式所能想像的更近似于一种自由的劳动关系。除非奴隶对主人的人品加以肯定，否则很难在市场上买到奴隶，而且若奴隶对主人感到强烈不满，通常会使主人将他转卖出去。根据斯诺克·休弗洛涅（Snouck Hurgronje）[82]在麦加的观察，这都是主人强烈依赖家奴隶的善意所造成的结果。不过，在东方这样的事或许并不见得普遍存在。在非洲内陆，甚至到今天，奴隶都还晓得如何迫使其所不满意的主人将他以加害者委付（noxae datio）的办法转手给另一个他较喜欢的主人。[83] 同样的，这并非普遍尽然。无论如何，东方的神权政治或家产制的支配性格，及其倾向于将一切从属关系的家父长这

[82] Christian Snouck-Hurgronje（1857—1936），荷兰的东方学学者，本文所指的是他的著作：*Mekka*（2Bde.，den Haag，1888/89）。

[83] 这是指当子女、奴隶、动物造成他人的损害时，父亲、主人、所有者可以将之托付给受害者以免除其责任。此一制度存在于罗马，并广见于古代的法律。

个侧面加以伦理的粉饰,至少在东方形成了奴隶相对于其主人拥有极为强烈的习律性保障的状态,以至于像罗马晚期的奴隶制里那种恣意压榨奴隶的事情,实际上没有发生的可能。早在古代的犹太法律里,我们即已看到此种倾向(恣意压榨奴隶)的端倪,而形成此种态度的决定性动力则在于:对债务人执行人身扣押及债务奴隶等古老的制度,使得即使是自己的部族伙伴都有沦为奴隶的可能。

最后,契约自由的某些限制,原因来自举足轻重的阶层,亦即"市民"阶层的社会与经济利害关系。譬如:禁止种种封建的制度,以及禁止为私人利益而设定土地的永久性负担等,如共和时期的罗马法及普鲁士的土地负担清偿法(Ablösungsgesetzen)所见的。[84] 在这两者中起作用的是市民的阶级利害和与此种利害相联结的经济观念。因为,罗马的立法认定永佃权只不过是在公共团体的土地上的"土地赁租"(ager vectigalis),就像现今德国对于国营殖民地和国家给予特权经营的殖民地上的"地租农场"(Rentengut)事实上所加的限制一样,[85]都是市民的土地利害关系者利害关心下的产物,亦即他们专注于土地是否具合法流动性,以及全力阻止领主制的束缚再度出现。

四　契约自由、自律、团体的法人性格

就像罗马法一样,现今的理性化的法律里那种——基于上述所

---

[84] 在普鲁士,废止土地的"封建"负担之举开始于1717年腓特烈一世的敕令,接着是1794年普鲁士法典的"一般土地法",再经19世纪前期的所谓"泰因男爵的改革",而于1850年3月2日立法加以终结。

[85] 本文中的"现今",指的是第一次大战前。所谓"地租农场"是指经由每年的定期金支付来偿还购买款项的农地。自土地负担清偿法实行之后,此种"地租农场"的办法只用于国营的殖民事业里,诸如1880年代末期以来的普鲁士各项立法,以及1919年的《帝国殖民法》(*Reichssiedlungsgesetz*)。

有动机的相互作用而产生的——规制契约自由的方式，在技术上一般而言，并不是借着订定特别的禁令以对抗法律所忌讳的协议来达成的，而是借着以下两种办法来达成：(1)硬是不为这些协议提供任何足堪应用的契约范型（Vertragsschemata，在罗马则为诉权范型，Klageschemata）；(2)以法律来规制要件事实（Tatbestand）的法律结果，由于法律所不认可的协议与这些规范（亦即规制的方式）在逻辑上无法兼容，因而构成要件事实，从而使契约自由受到法律规制。

另一方面，在技术形式上，对那些在特别法下触及第三者利益的法律处分——以股份公司的设立为例——授予权能，亦即借着订定相应的契约范型而将利害关系者所有的协议全都强制性地纳入此种契约范型的规范当中，以使协议在法律上有效。换言之，此时，即使任何**第三者**均在法律强制的保证之下。因为，协议在未因其他理由而被解除效力的情况下，即使对第三者并不具约束力，也能在协议者本身之间发挥法律效力。此种近代的形式，是借着利用协议的一定范型和设法满足法律所要求的、**切事的**种种前提条件，而将一种有利于对抗第三者的**特别法制度**之创立，委之于利害关系者的手中。这与过去容许特别法相对立于一般法律规则的方式明显不同，其实是法律的统一化与理性化——连同近代**机构化**组织的政治团体的公开垄断法律创制——的产物。

过去，特别法通常是一种“自发性的”（gewillkürtes）法律[86]，换言之，是根据(1)传统，或(2)“身份性的”共识共同体或组织化的“誓

---

[86] Willkür本来意指“依据自由意愿的选择”。尤其当团体成员自发地达成协议（合意）并根据此种协议而做出法律时，即称之为Willkür或是gewillkürtes Recht。除了根据这种明示的契约之外，韦伯显然也把该团体的传统的习惯法也包括在这个概念里。

约共同体”(Einungen)[87]一致约定的章程,所创造出来的法律。“自发性法律”(Willkür,亦即上述所指的自发性的特别法,gewillkürtes partikuläres Recht)“打破”(亦即优先于)“普通法”(Landrecht,亦即一般通行的法律),是个几近普遍的准则,而且直至今日[88]仍贯通于西方之外的几乎所有的法律体系,以及部分欧洲地区,例如在俄国的农民阶层里仍属有效。当然,世界各地的政治组织也几乎无不做出这样的要求,并多半加以贯彻实行,亦即:此种特别法唯有在政治组织的同意下以及政治组织所同意的范围内,方属有效。这和政治组织将一定的权能付与“地方团体”(Gemeinde)而将之转化为他律性团体的现象是完全一样的。不过,此种情形对这两者(特别法与地方团体)而言绝非起始的状态。实情毋宁是:在一定地区里和一定的人群范围里所通用的一切法律,有很大一部分无非是借着彼此独立的各种共识共同体和组织化的誓约共同体的自律性篡夺(autonome Usurpationen)所创造和制作出来的。在这些共同体相互间经常必要的重新调整,要不是借着相互间的妥协来达成,就是借着占优势的政治权力或教会权力下达指令而完成。以此,我们再回到本章开头即已触及的、在另一个关联里讨论的现象。

作为特别法秩序之担纲者的任何共识共同体或结合体,正因此种性质,大可被称为“法律共同体”(Rechtsgemeinschaft)。而此种共同体在目的契约、(今日意味下的)契约自由和政治团体的机构性格尚未获得胜利的时代里,要不是基于(1)客观事实,亦即出身或政治、种族、宗教的归属、生活样式或盈利方式,就是基于(2)明确的兄

[87] 举凡同身份者、同职业者之间,或者城市市民相互间,或者在维持治安的目的下,根据自发性的誓约而协议成立的团体即称之为誓约共同体。Einung原本是中世纪时所用的词语。

[88] 指第一次世界大战前。

弟契约关系，而形成的**人群**团体（Personengruppe）。正如前面看到的，原始的法律状态毋宁是："法律程序"（Rechsgang）——相当于如今的"诉讼"（Prozeβ）——唯有在一个方式下才能够进行，亦即**异**团体（氏族）之间和**异**团体成员之间的赎罪程序。在团体内部，亦即团体伙伴之间，具支配性的是家父长的纠纷排解。因此，若从越来越赋予强化的政治权力的立场来说，所有的法律史从一开始就存在着团体的法律二元性，亦即一方面是各种团体间"自律地"创造出来的法律，另一方面则是能够排解团体伙伴间的（内部）纠纷的妥当规范。不过，此种乍看之下单纯的状态，同时也被另一种事实所打乱，亦即，即使在吾人所知的最古老的发展阶段里，个人往往属于**许多**个人群团体，而不是一个。

尽管如此，服从于特别法，首先就是一种严格的个人资格、一种经由篡夺或授予而获得的"**特权**"，因此也就是参与者的一种独占权——这些参与者借着其具有要求适用于特别法的权利而成为"法律成员"（Rechtsgenossen）。以此，在政治上由共通的支配者权力所统合起来的那些团体里，诸如波斯帝国、罗马帝国、法兰克王国和各个回教国家里，被统一的政治权力的法发现机构所运用的法律，将会各依组合族群（在法律上具有自律权或自律权并不怎么稳当的城市团体或种族团体）的种族、宗教或政治性格而有所不同。在罗马帝国里，罗马法原先是罗马市民的法律，因而在市民与臣服于帝国的非市民间的交往上，便不完全适用。回教国家里的非回教徒臣民（甚至四个正统的法律学派的的成员），[89]皆各依其本身的法律过活。如果他居然不向自己的法律机构投诉，而是转向回教的法官提出诉讼，那么回教法官便依照回教法律来下判决，因为他并没有义务要懂得其他的法律，毕竟，非回教徒只不过是个"臣民"。反之，中世纪

[89] 参见本书第三章第二节，以及第五章第五节。

的帝国（亦即法兰克王国）的成员，便拥有积极的请求权，得以要求不论在何处皆按其所属的部族法来下判决——他“申明”（profiteri）自己乃依循此法而过活。个人无时无刻莫不携此“法律申明”（Rechtskonfession）而行。[90] 在此，法律并不是一种“属地法”（lex terrae）——一如英国的王室法庭所采用的法律在诺曼人的征服后随即变成属地法——而是人群团体的一种特权。

当然，此种属人法主义的原则，在当时并未完全彻底地实行过，正如其对反原则（属地法主义的原则）在今日并未完全贯彻到底一样。因为，在不同的属人法的遵循者之间发生争执时，到底要以什么方式来加以规制，便无法光靠属人法主义来加以解决，并且，有必要提出某些共通的法律原则来加以因应的需求，也随着交往密度的升高而急剧增强。以此，要不就像罗马那样，在唯有团体成员适用的、各个团体的“市民法”（ius civile）之外，再加设一种“万民法”（ius gentium）；[91]要不就像英国那样，由政治或教权制的支配者运用其公权力，强行推展其法庭里具有排他性拘束力的“官法”（Amtsrecht）；或者，径由一个新的——多半是地方性的——政治团体将各种属人法的内容加以汇整融合起来。意大利最古老的城市法对这点确实知之甚明：尽管市民已申明他们是依循伦巴底人（Lombard）的法律

[90] 这里所说的当然是法兰克时代部族法的“属人法主义”，只不过，所有的人都是依循各人出身的部族法而过活，并没有随意选择部族法的自由。所谓“属人法申明”（professio iuris），不过是发生在部族民混居的情形非常严重的地方，尤其是北意大利。

[91] 市民法是城市国家的市民所特有的法律，而万民法则是市民与非市民共通的妥当法律。罗马的市民法只适用于罗马市民，万民法则适用于外人。因此，市民法是属人法，而万民法则非属人法。随着罗马向外发展为大帝国而与外人之间的交易密度大为增高，罗马的万民法主要是为了因应此种交易上的需求而发展出来的。公元212年由于卡拉卡拉皇帝赋予罗马国内所有的居民以市民权，故市民法与万民法的对立遂失去其实际的意义。

而过活，然而，以特色独具的方式偏离古老法律思想的是"civitas"（意即市民整体的拟人化），已经采用伦巴底人的法律和用来实事求是地补充它的罗马法（或者反之，采用罗马法和用来实事求是地补充它的伦巴底人的法律）为其"申明的法律"（Konfession）。另一方面，自发地结合而成的誓约共同体，无不一再地力图使其制定的法律得以适用属人主义的原则，不过，成功与否自有程度不等的差别。总而言之，结果是有许许多多的"法律共同体"存在，而其自律性则交相重叠，至于政治团体——只要是曾经作为一个统一体存在过的话——只不过是此种法律共同体其中的一个罢了。

当特别法的法律成员因其成员资格而独占一定的客体时，例如某些类别的地产（庄园租赁地、采邑），那么在共同体对外的人际闭锁性因我们所熟知的利害关系的影响而被解除时，以及尤其是个人**同时**所属的团体数目有所增加的情况下，特别法与这些**客体**的占有因此产生了联结，结果反过来，此一占有的事实反倒成为是否有资格参与特别法的决定性因素。[92] 这当然是步入现今这种状态——形式上任何人都可以加入受特别法所支配的关系里——的一个过渡阶段。不过，说什么也只是个过渡阶段。因为，所有古老类型的特别法无不被视为永久性法律特权的赋予，要不是直接赋予属于某个人群团体的个人，就是赋予某些客体——基于此种客体的占有而促

[92] 此即德国学者所谓的"Radizierung"（权利义务之固着于土地）的现象。"采邑"，亦即"封地"，原本是以人的采邑制的主从关系之存在为前提，作为给养封臣的一种形式而由封主赐予封臣；后来，封臣的义务被**物性地**固着于采邑，因此，若放弃采邑就等于免除封臣的义务而脱离采邑法的支配，反之，若取得采邑，则变成要负担作为封臣的义务。庄园法上的租赁地（Leihe nach Hofrecht，亦即本文所指的 Hofleihegüter）的情形也可说是如此。此种租赁地若是被让渡给别人，让渡者即免除庄园法的支配，而取得者则不问其身份皆须服属庄园法。

成个人的团体成员资格。

在现今的法律里，物或人的某些纯粹技术性质或经济性质，也是孕生出特别规定的契机，诸如对“工厂”、对“农地”、对“律师”、“药剂师”和对特定种类的“营业者”的特别规定。当然，无论什么时代的法律也都存在着这种和技术与经济事实联结在一起的特别规范。只不过这里所说的特别法，性格却是不同的。此种特别法的妥当有效，并不是奠基于经济或技术性质，而是“身份”性质，亦即由出身、生活样式或某团体成员的归属性所决定的人的性质（“贵族”、“过骑士生活者”、“行会成员”），以及由物的一定社会关系（“服务采邑”、“骑士领地”）所界定的性质——尤其是通过此种界定的方式而间接被特定身份关系所制约的性质。因此，在法律上据有如此特殊地位的，往往便是各人的个别性质和各物的（社会）关系的个别性质。以此，所谓“特权”，在边际情况下，很可能就是单属某一人或某一物的特权，而且事实通常便是如此。不过，在此情况下，“主观的”权利和“客观的”规范实际上是二而一的。换言之，拥有特权的个人可以把这样的要求当作是自己的**主观**权利——要求依据为他而设的**客观**规定来对待他。然而，即使是当具有同样身份的特定一群人或具有身份意义的特定的一些物，成为特别法的担纲者时，法律上自然有这样的一般见解，亦即对特别法的参与者而言，适用于特别法规范无非是利害相关者的人的**主观**权利。普遍“有效的”规范这个观念确实并未消失，只不过无可避免的尚未开展；所有的“法律”似乎是个别的人或物的“特权”，或者是人或物的各个集合体的“特权”。

与此观点基本上相对立的，是国家“机构”（Anstalt）的法律概念。此种对立——特别是在古罗马和近世“市民”阶层刚刚兴起的时候——是如此的尖锐，以至于“特权”法的可能性完全遭到否定。在罗马，通过人民大会的公决来创设特权，被视为是法律上绝无可能之事，而18世纪的革命时代亦有如此的立法，意欲灭除一切社团

自律与特别法。不过，这毕竟未竟其功，而且我们还将看到近代法律是如何重新制造出一大堆特别法来。[93] 当然，此种特别法的立足点在一些重要的环节上自是不同于昔日的那种身份特权。

所有的个人和个别事实得以逐步地统合到一个机构里——此种机构在现今至少原则上是以形式上的“法律平等”为其基础。这乃两大理性化力量所促成的，其一为市场的扩大，其二是共识共同体的机构行为的官僚体制化。这两大力量取代了始终是**个别**形成的、自发性的法律，亦即以被独占地限定了成员范围的人群团体所具备的自身力量或被授予的特权为基础的、（就重点而言）身份性誓约共同体的自律。取代的途径有二：首先是借着“社团”（Verein）的自律，此种社团只要任何人喜欢都可以组织，而其自律则是一种形式上任何人都可利用且受法律规则严格限定的自律；其次是将一定模式的授权提供给每个人，使其得以透过私人实事求是的、一定种类的法律行为来创造出自发性的法律。自律性的法创制的技术形式之所以有这种改变的决定性动力，在政治方面是来自越来越赋予强化的国家机构里的支配者和官僚的权力欲，在经济方面则是——尽管不是唯一的，不过倒是最强而有力的——市场势力利害关系者的利害关心，亦即，在市场上形式“自由”的价格斗争与竞争里，凭借财产本身（“阶级状况”）而拥有特权地位者的利害关心。[94] 原因在

---

[93] 详见本书第八章。

[94] 关于“阶级状况”（Klassenlage）的概念，韦伯认为阶级状况应该就是指（1）财货筹措的掌控机会、（2）外在生活地位的掌控机会、（3）内心世界的掌控机会。此种掌控机会来自对财货或劳动能力的处分力（或欠缺处分力）的程度与性质，并且也来自在一既定的经济秩序里为了获取所得或收入而能够利用此种处分力的既定方式。“阶级”便是处于相同阶级状况的人群团体”（*Wirtschaft und gesellschaft*, S. 177）。在另一处，韦伯分析有产阶级、职业阶级与社会阶级的成因与关系后，断言“阶级状况”终极说来就是“市场状况”（S. 531 f.）。

于,与形式上的法律平等相对应的一般“授权”,亦即,例如“任何人不论是谁”皆可设立股份公司或者设定家族世袭财产的这种“授权”,实际上自然是意味着,为**如此这般**的**有产**阶级创造出一种事实上的“自律”,因为,也只有他们才有能力利用这样的授权。

不过,这种无定形的自律,当然只是在一种比喻的意义上称之为自律。因为,自律的概念,除非完全没有明确性可言,否则概念本身必定是与某种人群范围的存在相联结,而此一人群范围总是有办法根据某种特征来加以限定——尽管成员并非一成不变,而且,基于共识或规章,服属于某种可由这群人原则上独自变更的特别法之下。至于此一人群范围以何种外形出现,譬如是个社团或公司、地方团体或身份集团、同业公会或工会组织,甚或是个封臣国家[95],对于概念本身全都无关紧要。此一概念通常是政治团体开始独占法律订定的产物。因为在此概念中经常包含着这样一个观念,亦即上述政治团体会容忍自己机构之外的他团体来创造客观的法律,或直接加以保证。

一定范围内的人群根据共识或规约秩序行使的自律,在质的方面不同于单单是契约的自由。两者的分野恰在于规范概念的界限。换言之,基于共识或参与者的理性协议而为妥当的秩序不再被视为强行加诸某个人群范围内的客观通用的规则,而是相互间的主观请求权的搭建基础,好比两个公司合伙人之间对于分工、分红以及对内与对外的法律地位等问题的协议即是如此。客观的法律相对于主观的权利,两者在概念上的游移性,于此表现得最为明晰。对我们以制定法为取向的思考习惯而言,两者的界限,即使在理论上,也只是以如此的方式显现出来。换言之,在私法的领域里——此处我们仅以此为念,自律是被运作于,约定的规则一般是出自决议之处,

[95] 所谓封臣国家(Vasallenstaat)是指一切的关系都仅止于封主—封臣关系的国家。只不过,韦伯认为此种国家实际上是不存在的。

然而，当具体的个人之间的协议扮演起这样的角色时，对我们而言，即存在着因契约自由而来的、在规律方面的特殊情况。

此种区别，我们将会看到，在过去并非毫无意义，然而也不是唯一具决定性的。只要客观规范与主观请求权之间的区别尚未完全彰显，而且，只要法律仍被视为根据团体归属性而决定的人的资格，那么，可资区别的规则也只有两种：其一，在一个以参与者的身份资格为基础的团体或人群圈子里行之有效的规则；其二，基于目的契约、而且正因此而仅对于契约的直接参与者的行动具有决定性约束作用的规则。

所有的特别法原先无非是以身份资格为界的人群圈子的法律。不过，正如先前简单提及的，此种状态随着被各个人群圈子垄断性占有的财货之逐渐分化和经济上的稀有性而产生了变化。此种变化是如此的强烈，结果最终差不多是相反的规则反为妥当。换言之，所谓特别法几乎毫无例外地成为有效行之于社会或经济特殊关系上的法律。这样的见解，中世纪时业已走到相当接近的地步，就像我们也不得不同意侯伊斯勒（Heusler）的看法——尽管他完全否认国家法（Staatsrecht）的存在，实在是过了头。[96] 采邑法（Lehensrecht）是行于采邑关系妥当的法律，而不是封臣国家的法律，因为后者根本不存在。同样的，庄园法（Hofrecht）适用于领主庄园的各种关系，服务法（Dienstrecht）适用于服务采邑，商法适用于商人的财货与交易，匠人法（das Recht der Handwerker）适用于手工业的交易与经营。不过，封建家臣、商人、家士（Ministeriale）、隶农、人身奴隶（Eigenhörige）[97]等，除了服属于这些特别法之外，在那些切事关系之外的关系上，同时也

---

[96] Andreas Heusler（1834—1921），瑞士法制史学家、巴塞尔大学教授。此处所指的是其著作：*Deutsche Verfassungsgeschichte*, S. 138 ff.。

[97] “个人没有人格上的自由而属于他人所有时，便称为人身奴隶（Leibeigene），其主人则为人身领主，主人的权力为人身领主权。”（M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S. 41）本文的 Eigenhörige 即与此 Leibeigene 同义。不过，“中世纪

全都服属于(地方)一般法(Landrecht)[98]。一个人可以既拥有自由的田宅,又拥有领主制下的田宅,关于后者,适用庄园法,关于前者则适用一般法。同样的,虽然不是商人,但是如果他将金钱投入于康曼达(commenda)[99]或作为海上赁贷(Seedarlehen)[100],那么在此,也唯有在此,

(接上页)时,人身支配往往低落到仅止于向几乎可说是自由人课取地租权的地步,譬如西德与南德普通见到的情形;在俄国,农奴事实上有移动的自由(尽管在法律上身份并不确定),而领主实际上仅止于收取年贡金的情形是相当常见的(虽然不见得普遍如此)"(《经济行动与社会团体》,页101)。

[98] 法兰克王国时代的属人的部族法到了中世纪时即为属地的Land法所取代。大概随着领邦(Land, Territorium)的形成而行之于此种领邦的法便称为Land法。Landrecht即相对于采邑法、庄园法、家人法等特别法的一般法(普通法)。

[99] 韦伯在《非正当性的支配——城市的类型学》一书里,对"康曼达"与"海外贸易公司"(Societas maris)有如下简短的叙述:"外出营商者(Tractator)负责将本地货物运到东地中海沿岸地区的市场销售,至于购买本地货物与海运的资金则全部(或部分)由当地资本家提供(外出营商者当然也有可能是空船而往的),销售所得再采购东方货物回本地贩卖,最后的经营所得则由外出商人与资本家依契约条款分享。"简而言之,即由资本家提供资金,经营者(出海者)执行业务(有时也提供部分资金),最后再根据所定比率来分享利润的一种契约。中世纪时流行于地中海一带,普通是随每一次的航海订定一回海上商业契约。若资本家现身于外,则为"合股公司"的原型,若资本家并不现身时,即为"匿名组合"的起源。一般而言,"康曼达"指的是经营者完全不出资的一种契约,如果他出部分资本,则称之为"海外贸易公司",实际上的用法并没有如此严格区分。

[100] 海上赁贷(foenus nauticum)是由古代传到中世纪的一种制度,系因海上商业带有极大危险性而产生。即使在商品是经由大笔金额借贷而来的情况下,一旦船只沉没,贷主并不能期望收回所贷货款,而借方亦无清偿的必要。两造分摊风险的办法是:债权人收取异常高的利息——大约三成——以担当一切风险,如部分沉没时,也必须忍受按额减少的债权。我们从雅典雄辩家狄摩西尼(Demosthenes)等人在法庭上的辩论可知,海上赁贷如何能使贷主大规模地获得掌握航海经营的可能性。贷主规定船主的航路、航海日数及应在何处贩卖商品。从海上商人对资本家依赖甚深的这个事实即可推知海上商人是如何地欠缺资本。为了分散风险,通常是由许多贷主联合对一艘商船贷款。债权人并遣一奴隶帮同运送以作监督,这也显示出运送业务是隶属于出资者的一个表征。海上赁贷通行于全古代,直到查士丁尼大帝始以其为高利贷而加以禁止。但禁令并未持之有素,仅变更了海上信用的形式而已(M. Weber, *Wirtschaftsges chichte*, S. 182)。

要服属于商法。虽然如此,此种纯粹即事的处置方式,绝非普遍通行。

举凡特别法行之妥当的各种关系,几乎无不带来某种身份性的结果,亦即触及个人整体法律地位的结果,譬如庄园法和服务法上的土地之拥有多半就显示出此种结果。[101] 这些关系有许多被认为是无法并存于同一个人身上,并且,打破这些身份性束缚的倾向总是一而再地被对外封锁法律成员圈子的倾向所逆势拉扯。两种倾向中何者较强,端视个别情况下利害关系的具体情况而定。侯伊斯勒也承认,在德国,城市法是市民的身份法,而不是关于城市土地之保有和其他切事关系的法律。[102] 然而,在英国,城市几乎全都是纯粹的私法人团体(private Korporation)[103]。

总的来看,将特别法当作是关于特定客体和事实的法律来处置的倾向,大体是占优势的,并且借此,将特别法当作是切事的特殊法规而统合到一般法——领邦法(lex terrae)——里去也因此变得相当容易。不过,这样的统合是否真的实现,几乎全赖政治的情况而定。举凡此种统合尚未完全实现之处,有关各种特别法及其相应的特别法法庭、与(地方)一般法及一般法法庭两者间关系的这个问题,解决方式便不一而足。按照一般法,地权的保有者并非隶属于农民,而是领主。不过,就采邑而言,关系本就不是这么简单来规制的,又如《萨克森律鉴》(*Sachsenspiegel*)的情形,作者和注释者之间也有部分见解不一之处。在罗马法里也留有相同问题的痕迹。

在罗马,除非是市民或基于契约而被承认具有等同市民资格的人,否则不得以当事者的身份出席罗马法庭、不得缔结市民法特有

---

[101] 譬如为了取得"家人法上的土地"(家人领),许多自由人便保留其自由身份(所谓"保留家士"Vorbehaltsministeriale)、加入家人的行列而服属于家人法。

[102] Andreas Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Bd. 1, S. 181.

[103] 关于英国城市的特殊性,参见《非正当性的支配——城市的类型学》,页96及以下、页164、页166。

的法律行为或根据市民法的诸命题来接受判决。罗马的法律决议案(lex)[104]并不通行于市民圈子之外。不适用于非市民的这个命题,在政治上具有非凡的意义,因为此种命题设定了政务官与元老院对于被征服、但并未同时被整合到罗马法里的地区整体的主权势力。另一方面,罗马市民从来(而且自古以来)就不是单单根据市民法进行判决,并且其诉讼出庭之处也绝不仅限于市民法适用的法庭。历史时代的市民法毋宁是被定义为一种特别法,在其中,至关紧要的不外乎个人作为市民的资格,亦即其乃此一特殊身份团体的成员。

不过,除了这种特别法之外,我们发现还有某些法律圈子(Rechtskreise)存在,参加者或者不只市民,或者并未包括所有的市民,而其法律有的显然是身份团体的法律,有的却是切事的特别法。[105]其中,首屈一指的是受行政法所规制的所有法律事实,不仅数量异常之多,且具实际重要意义。直到古拉格兄弟时代[106],市民法上的土

---

[104] 罗马的 lex 是以政务官的提案为基准而由市民大会通过的议决。因此,lex 作为政务官与市民的"协议",原本含有对政务官无限制的"公权力"加以限制的意思。在罗马的各行省,并无所谓的 lex,因此产生本文后续所述的结果。

[105] 所谓"法律圈子",指的是关于特别的法律关系的特别法,亦即前述的采邑法、庄园法、服务法等。反之,城市法是关于市民之一般法律关系的法,即市民的身份法,并非"法律圈子"。

[106] 罗马于公元前 3 至前 2 世纪时领土急速扩增,但另一方面也发生奴隶制农业的发展、自各行省大量输入谷物、意大利的土地兼并及中小农民丧失土地等困难的问题。古拉格兄弟中的兄长提比略(Tiberius S. Gracchus, 公元前 163—前 133)于公元前 133 年担任护民官,提出土地法案,限定每一家族占有国有地的最高限度,并计划将借此而析出的国有地分配给罗马市民及意大利农民(所谓的 Assignation)。此一法案虽成功地排除有力阶层的反对而成立,提比略却于打破前例再竞选护民官时于选举日为反对派所刺杀。之后,其弟盖乌斯(Gaius S. Gracchus, 公元前 153—前 121)于公元前 123 年任护民官,继续推动其兄的改革,企图打破元老院的势力。隔年,他再被选为护民官,但第三次的再选遭遇失败,而于公元前 121 年自杀身亡。与本文相关部分,另参见 M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, S. 239 ff.。

地所有权的存在，仅限于经由正规的土地分配而服属于市民法的一部分土地。[107] 国有地（ager publicus）的占有关系，既不受市民法的规制，也不是市民法上可能的诉讼对象。因为参与此种占有关系的，不只市民，还有同盟市市民（Bundesgenossen）。古拉格时代里，市民阶层既已显露出他们想借着市民制定法（lex）来规制这类国有地占有关系的态度，同盟市市民便迅即提出他们意欲加入市民团体的要求。以此，这样的占有关系也就单只服膺于政务官的非常审理程序（Kognition）之下，而此种程序所依循的是市民法未知的各种原则。[108] 因为，市民法不知何谓永佃权、实物负担（Reallasten）或徭役租地（Dienstland），[109]而这些都是国有地适用的行政法所熟知的。再者，被应用于国有财产和私人往来关系上的国有财产管理法，也包含着一些市民法里所未知的制度，而且即使前者所具的制度和后者的制度相当时，所用的名称也不一样，例如要式口约里的保证人，以 praes 名之，而行政法上的土地抵押则名之为 praedium。[110] 此处，总摄起此种纯粹切事的特别法者，是行政官员的管辖权。此种特别法的法律

---

[107] 关于罗马私有地分配（Assignation）的方法，参见 M. Weber, *Die römische Agrargeschichte*, S. 12 ff.；*Gesammelte Aufsätze zur Sozial – und Wirtschaftsgeschichte*, S. 222 ff.。大体上是以东西和南北走向的小路（limites）为纲目画出每边 20actus 长的正方形地块，称为 centuria。所有的耕地均被划分为含有定住者 10 人份的 sors，定住者则依抽签方式编成 10 人集团（decuria），然后同样用抽签来选定各集团的 sors，最后再抽签分配各集团内部各人所属的份地（accepta）。各人所属的土地未必一定在一个 centuria 里，也可以在别的 centuria 里拥有。以此做法最后完出耕地图（forma）。

[108] 参见第一章注 14。

[109] “依行政法所规制的占有状态……一则为以服役为交换条件的土地租赁（Landverleihungen gegen Dienste），另一则为租佃与永佃。”（M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, S. 231）本文的 Dienstland 即引文里的 Landverleihungen gegen Dienste。

[110] 在市民法上，前者称为 vas 或 fideiussor，后者称为 hypotheca。

成员团体并不存在，有的不过是服膺于此种特别法的当事人圈子，其构成者则为当下的利害关系者。

此外，在市民与外人之间，居中作仲裁的法务官（Prätor）的管辖权，构成了另一种特别法的范围。此种法务官可以引用市民法，然而这并不是借助于市民制定法（lex）的效力，而是基于其职权。他所采用的是在来源和妥当性根据方面皆异于市民的一种法律，亦即万民法（ius gentium）。不过，此法并非因应此一官职的设立方才成立的。它毋宁是一种国际的交易法，用来解决市场上——原先或许全靠宗教性的宣誓来保障的各种关系——的争讼。

再者，护主（Patron）与客（Klientel）之间，[11]这种在早期极具实际重要性的、实质上本为采邑法上的关系，根本不可能成为市民法诉

[11] “客”（client，复数为 clientele）一词，实源自拉丁语中的 cliens，乃隶属民之义。虽然同样是“客”，罗马初期、共和末期与帝制期的特征各不相同。初期（王制及共和初）的“客”乃是隶属于贵族（patricius）的半自由民。他们究竟是被征服的土著，或是与贵族、平民（plebs）属同一种族？至今尚未能究明。韦伯在讨论“客”时，特别强调要与农奴、债务奴仆区分开。“他们形成主人的扈从团，并且与主人保持着一种忠诚关系，也由于此种忠诚关系，使得主人与客之间在法律上的事端成为宗教性的违犯。他们与债务奴隶相反的是，若主人将此种客属关系加以经济性的利用，就会被认为有失身份尊严。他们乃是主人个人的、政治的权势手段，而非经济手段。客与其主子的关系是由诚实信义（fides）的原则来规制，而此一原则并非由法官来监督，而是由习俗法典，违反者要受宗教性的惩罚（被称为 infamis）。客源自骑士战争与贵族支配的时代，原本是主人的侍从，随侍主人上战场，有义务贡献礼物，主人有需要时得予以支持，有时还包括服劳役，而主人则提供给他土地，以及在法庭上代表他辩护（译按：非罗马公民无权在法庭上为自己辩护）。大部分情况下，此种恩护关系是从祖先那儿世袭下来的。以上是恩护关系的古代意义。正如同中世纪的贵族支配时代之产生被保护民（Muntmannen）的现象一样，古代也在同样的机缘下，导致大量的自由小农民步入恩护关系——为的是在法庭上有贵族为其代理人。……恩护关系可能从未在法律上被废止过。不过，随着重装步兵战术的胜利，客在罗马便丧失了军事上的意义，到后

讼里的对象。正如德国法律里关于财产占有问题的情形，在罗马法里，市民法和采邑法这两个领域也在占有（possessio，praecarium）问题上互相碰头。[112]不过，市民法也关注到此种关系的其他面相，而将之纳入刑罚规定上来处理[113]。然而关系本身并不是由市民法来规制的。

另一方面，市民法里面正宗的特别法是由某些只针对商人和特

（接上页）期，恩护关系只不过是作为确保恩主之社会势力的一种制度而存在。相反的，希腊的民主制则将此种制度完全消灭。”详见韦伯，《非正当性的支配——城市的类型学》，页206—208。

法国史家古朗士（N. D . Fustel de Coulanges，1830—1889）认为“客”不仅存在罗马，而且也普遍存在古希腊各邦。不过，我们今天了解的主客关系以罗马时期为主，这大概是留下的资料较多的缘故。古朗士亦强调古罗马主客关系基本上是宗教性的，因此古罗马法说：主人对他的“客人”有过，他就受责骂，他若责骂“客人”，他就死。在法律上，一人可作证不利于其女系亲属，但不得作证以不利其“客人”（页102）。不过，这当然是理想及原则上的，由于有宗教性关系束缚，“客”不能任意离其主人，主人对他有管理权，亦有司法权。主人压迫“客人”之事亦不罕见，遂有反抗，关系亦渐发生变化。详见李宗侗译，《希腊罗马古代社会史》（台北，1955），页101—102，页242—253。

[112] “precarium 制度被认为极有可能是源自恩护关系法（Klientelrecht），更准确地说，是基于恩护关系法的土地借贷的‘一般法’（Landrecht）的侧面。此即‘基于恳请的’占有（‘Bittweiser’Besitz）。换言之，此种占有欠缺市民法庭所**承认**的契约，但 Prekarist（此种占有的土地利用者）被赋予不受任何**第三者**侵害的占有保护。反之，对**领主**而言，此种占有等于是并不存在，所以随时都可以凭一己之力将利用者赶出去。这就是采邑法（恩护关系法）与一般法（市民法）之间关系的一种特有的问题解决方式（对于占有地利用者本身对抗第三者的**占有**保护，在后代的‘一般法的’隶属民佃家身上已不被承认）。因此，尽管并无明确的证据留传下来，但‘patres’（城市贵族的氏族长）**之所以**得其名，就是他们常将土地分配给无产者（‘tenuiores’，佃农）而来的，这点在此可以说是毋庸置疑的（attribuere［分配］这个字是‘一般法的’术语表现）。”（M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial-und Wirtschaftsgeschichte*, S. 204）

[113] 例如十二铜表法表八之二一规定：“恩主（patronus）若诈骗其客（cliens），‘应于神前宣誓充作祭神的牺牲品’。”（Patronous si clienti fraudem fecerit, sacer esto）

定的工商业者的法律制度所构成，诸如船长诉讼（actio exercitoria）[114]、保管诉讼（receptum）[115]、银行业者特别法等[116]。

在交易法和恩护关系法里包含着一个对后来的法律发展非常重要的概念，亦即诚信（fides）的概念。[117] 此一概念以独特的方式包含两层意思：一是从恭顺关系里产生出来的义务；一是 fides bona，意即纯粹的交易关系里的诚实与信用。市民法原则上对此一无所知。不过，此种态度起初并未被严格把持。例如十二铜表法里即对某些诈欺行为提出威胁——将行为者贬落于失权状态（improbus intestabilisque）；许多制定法条文亦明白科以丧廉耻的刑罚（infamia）。[118] 其私法上的效果，一般而言是作证行为的排除，亦即无法出庭作证或让他人为自己出庭作证，而实际上甚至达到商业杯葛的结果以及限制其依据遗言而取得遗产。此外，某些诉讼也会被政务官所拒绝。

尽管具有非形式性的性格，诚信的原则不管是在客与护主的关系上还是在交易的领域里，一点也不是模糊的感情产物。严格界定

---

[114] 和被任命为船长的奴隶或自由人进行交易者，直接对船主提起的诉讼，即为 actio exercitoria；同样的，和经理人（institor）交易者，也可以直接对营业主提起诉讼，此即经理人诉讼（actio institoria）。

[115] 船主、旅店或驿站的主人承接保管（recipere）运送人或旅客的物资、行李与家畜而未加以返还时，可以提起对此等承接保管者的告诉。

[116] 例如银行业者 A 以他人 B（通常是银行业者的客户在银行有存款）的账款对 C 给付物资或金钱，从而缔结 A 与 C 之间的约定（所谓银行业者的承兑），法务官即承认 A 对 C 的事实诉讼。不过，若是银行业者对活期账户顾客的告诉，则必然是在金额相抵的情况下，诉讼请求只针对被承认差额的部分。

[117] 韦伯认为罗马时期和中世纪时 fides 同样是支配着领主（恩主）与被保护者（客）的关系。只不过，中世纪时主要是对封臣的诚信加以伦理上的称扬，亦即根据采邑法来强调诚信的价值，反之，罗马古代主要评价主人的诚信。当然，这是因为中世纪时的封臣具有较高的独立性，而罗马的被保护民不过是佃户的缘故。参见其 *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, S. 203。

[118] 参见本章注 27。

下的一连串的契约乃立基于诚信原则而发展出来的，[119]而我们所继承的罗马的交易法根本上正是以这些契约的明确特性为基础。像信托（fiducia）这么古老的制度，以及帝制时代以来的信托遗赠（fideicommissum），全都是奠基在诚信之上[120]。之所以有信托遗赠的发展，理由在于（给非市民和被禁止接受遗赠者的遗赠）[121]并不存在于市民法的诉讼上，而且遗赠的履行原先只受到习律规则的保证，然而绝不能以此推断，诚信只不过是市民法的替补品，而且因此是较后者晚出的事物。主客关系的法律制度确实是与市民法的法律概念本身古老，只不过存在于后者之外。因此，市民法从来未曾含括所有妥当的私法。

---

[119] 此处指的应是相对于“严法契约”（contractus stricti iuris）的“诚信契约”（contractus bonae fidei）。严法契约是指债务人严格按照契约所约定的条款而为给付，其所生的诉讼叫严法诉讼（actio stricti iuris），事实审理人仅就契约条款而决定判决的内容。诚信契约是指债务人不能仅凭契约所约定的条款而为给付，而是要适合于诚实信用的观念而为给付；其所发生的诉讼叫诚信诉讼（actio bonae fidei），事实审理人不能仅凭契约所约定的条款而是要根据诚实、公平合理的观念来决定判决的内容（quidquid ex fide bona dare facere oportet）。除了要式口约、文书契约及要物契约中的消费借贷是“严法契约”外，其余皆为“诚信契约”。

[120] 信托遗赠是指被继承人以遗产的全部、一部分或某项特定物委托其继承人（受托人）在他死后移转于指定的第三人（受益人）。信托遗赠制度起源于在罗马的外国人的继承，后来罗马人也多援用。最初，信托遗赠完全是建立在互相信任的关系上，因此法律上对此没有任何规定，也不发生法律效力。后来逐步改进，到了查士丁尼大帝时法律规定，信托遗赠当在五个证人面前为之，以此便取消了信托遗赠予遗赠的区别。

[121] 譬如根据公元前 19 年的一则制定法（lex Iulia de maritandis ordinibus），男性 25—60 岁、女性 20—50 岁的未婚者，不具依遗言取得财产的能力，公元 9 年的 lex Papia Poppaea 则规定虽然已婚但没有子女者，不能取得受遗额的一半。公元 19 年的 lex Iunia 规定拉丁人（latini Iuniani），亦即未依市民法上的方式而被解放的奴隶，亦不具受遗赠的能力。

不过，诚信绝不是为了规制法律关系的一个统一的原则。个人会因诚信而对他人负有什么样的义务，毋宁是取决于具体关系的切事性格，而即使是在这种个殊化的情况下，若有违犯诚信的情形——当然首先是在市民的秩序里头加以考察——诚信便产生不出同样的法律效果。丧廉耻是一定的特殊行为的结果，而不是任何对诚信的违犯都会招致此一结果。对于违纪行为的各式各样的响应，例如户口总监的处分（zensorische Rüge）[122]、执政官拒绝某人为官员候补者的处分，[123]都有其特别的前提条件，既不等同于丧廉耻的情形。亦不同于诚信原则下的情形，这些前提条件毋宁是摇摆不定的，而且从来不是就这么单纯地与诚信的违反联结在一起。护主若违反对被护者的义务，原先是要接受家法庭（Hausgericht）的制裁。后来，此种义务受到宗教的或习律的保护，最后则受到市民法的保护——当被护者成为纯作经济用途的被解放者时[124]。

诚信起初在交易上扮演何种角色，我们无从得知。我们也不知

---

[122] 户口总监（censor）在行户口调查之际，被认为扰乱善良风俗者将被剥夺区民资格并变更所属的辖区。受到此种处分者，在纳税、兵役和选举上皆处于不利的地位，并被社会上视为无耻者（ignominiosi）。

[123] 执政官在召开政务官选举的人民大会时，若发现有不够资格出任官职的候补者，即可将之从候补者名簿中除名。

[124] 关于被解放的被护民，韦伯有如下的叙述：“此种将他们利用在**经济**上的制度似乎是古代的恩护关系上最为重要的契机。换言之，那种受到如此强调重视的、**护主的**诚实义务，尽付**阙如**。”恩护关系虽然基于重装步兵的军事胜利而普遍转化为自由的恩护关系，“另一方面，由于朝向经济**利用**上的变形，古代的恩护关系依然继续存在于被解放奴隶之于护主的地位里。此种地位最明白显示于元老院对于 Fecenia Hispala 的议决里（此项议决准许她[1]穿着贵妇衣裳、[2]他嫁别家、[3]在无碍某一自由人男子的名誉的情况下得与其通婚）。与那时基于身份伦理而**抽离**于经济利用的、**自由的**恩护关系**恰相对反，此种**恩护关系如众所知的是高度经济取向的”（M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschafts-geschichte*, S. 204, S. 207）。

道诚信契约(bonae fidei-Kontrakte)在被法务官承认——就像受到法务官所保护的万民法上的其他制度一样,法务官基于其职权,透过诉讼模式而予以承认——之前,是凭借何种手段而受到保障。或许有某些个别的或一般性的、经过宣誓的仲裁契约出现,若违反此种契约,则会遭受丧廉耻的处分,就如同后来背弃经由宣誓而缔结的和解契约所受到的处分一样。为万民法上的制度建立起诉讼模式,绝非意味着去除其与市民法的区别。市民法依旧只是市民纯粹的身份法。有时候,法务官会以"假如他是个罗马市民的话"(si civis Romanus esset)这种形式来为非市民做出适用市民法的诉讼模式。其他种种(市民法上的)制度也静悄悄地移渡到万民法里。直到帝政时期,两者的区别才和市民其他的特权一起完全灭除。

诚信的利害关系者圈子从来未曾形成封闭性的身份团体,客(受恩护者)也不例外,尽管莫姆森(Mommsen)将其视同为平民团体(Verband der plebs)——此一见解并不正确,我们将在他处论及。[125] 与身份毫不相干的诚信契约或万民法的利害关系者,自然更不用说,也没有构成封闭性的身份团体。最后,法务官的法律本身当然远远不等同于万民法,并且万民法之为市民法所接纳,也绝不是仅经由法务官的法律,而毋宁是靠着法律专家将万民法的根本原则统合到市民法里所大力促成。同样的,真正的身份阶层,诸如奴隶、被解放者、骑士[126]、元老院诸门阀等,无论是在共和时期,还是在帝制时代,都未曾有过团

[125] Theodor Mommsen (1817—1903),德国古代史家、罗马法学者。在政治与学术上与韦伯关系甚深。本文中提及的见解,参见其 *Abriβ des römischen Staatsrechts*, 2. Aufl., S. 15。韦伯的论点,参见 M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial-und Wirtschaftsgeschichte*, S. 207 ff.。

[126] 主要是指从事工商业或金融业的富裕阶级。"骑士"(equites)的名称是从古军制而来,此一阶层的发展时期事实上并不服骑士勤务。他们虽然富有,但并不是"贵族"(nobiles);尽管有少数出任官职的元老院议员是例外,其余一般都被贵族蔑视为"暴发户"(homonovus)。

体组织——用以成为真正自律的可能担纲者。共和时期,由于政治与治安因素,不得不一再强烈地干涉私人团体。镇压的时期与宽容的时期交互出现。帝制时代当然是对私人团体不怀好意。民主制自然是畏惧社会经济的强而有力者的结合,帝制则害怕无法控制的团体所带来的任何一种政治上的威胁。结果,共和时期的罗马法,和帝制时期的一样,所认识的自律也不过是现代意义下的社团法或法人组织法。只要社团和法人组织——被容许或赋予特权——存在,自律也就存在。至于存在到什么程度,就必须关联到另一个问题的一般论述来加以检视,此即人群团体的法权的问题。

在属人法时代里拥有固有权利的团体,逐渐全面地变迁与失去自主性,而助成了国家机构对法创制的独占,此一现象明白表现于:这些团体在法律上被视为主观权利的担纲者时,所采取的相应处理形式也随之而有所转变。就法律技术而言,那样的处理在某些情况下无论如何是不可避免的:一方面是某些被垄断性占有的财产对象——唯有法律成员、而且唯有在为了某种共同的利益时才可加以处分利用的财产——实际存在,另一方面,透过法律行为对这些财产加以处置,在经济上实属必要。换言之,就是当自律性的人群团体在一个政治机构里已服属于一套透过有秩序的法发现而被和平地采用的共通的法律时。要是,而且只要,这样的条件并不成立,那么问题就可以简单解决,亦即某一团体的成员要另一团体的成员为其任何成员的行为——包括团体机构的行为——负起连带责任。以此,除了原始的血仇之外,还有成为普遍现象的复仇(Repressalie)[127],亦即扣留某个

[127] "商业的第二大要求是法律的保护。商人并非团体伙伴(ungenosse),并未拥有和民族或部族成员一样的法律手段,因此需要特别的法律保护。为了达成此一目的,最初的制度就是复仇。譬如有个债务人是热那亚或比萨的商人,当他在佛罗伦萨或法国支付不出或不愿支付债务时,他的同国人即会遭到逮捕。此乃恶习,终究让人无法长期忍受,因而最古老的商业契约即规定要弃绝复仇。"(Max Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S. 189)

法律成员的人身和财产,以其对另一个或全部的伙伴负有义务之故。中世纪时,关于复仇的交涉,以及彼此同意上法庭解决和在法律上相互支持以回避复仇,一直都是城市之间不断讨论的对象。同样的,和解也和血仇一样同其古老。至于谁具有正当资格来缔结和解,以及对外代表法律伙伴,不过是取决于旁观者的经验,亦即在旁观者看来谁的命令实际上常常是被听从的。关于这点,即使在中古早期的法律里业已存在的原始观念是:举凡未参加村落伙伴、行会兄弟、马克体成员或其他集团所达成的决议者,亦不受此一决议所束缚,而且团体的涉外行为,为了获得特殊的法律效果,必须是奠基于根据决议所达成的统一意愿上。

因此,我们可以同意侯伊斯勒的见解,亦即,决议的必要,以及决议的约束力,是团体法的一个特征性的发展要素[128]。不过,决议和契约之间的区别无疑仍是游移不定的,就像客观规范与主观请求权这两个概念并不是那么界限分明一样。基于决议的制定法往往被称为"协约"(pactus)。[129] 不过,区别的征兆仍旧是有的。特别是呈现于无论何处皆为初始的这个观念,亦即:决议只对那些参与决议并予以赞同者具有约束力,因此必然是全体无异议通过的。显然决议起初在观念上只被视为契约方得成立。事实上,这样的观念毋宁是借着所有妥当的法律皆具启示的性格才产生出来的。在此前提(亦即法律之为启示的前提)下,唯有一个法律是正确的。发现正确法律的巫术手段和卡理斯玛手段一旦消失,才可能生成下面的观念,而且事实上也产生出来了:多数者证实出正确的法律,少数者即有义务赞同经多数者所证明的法律。不过,在少数者这么做——有时候会以赤裸裸的手段迫使他们这么做——之前,多数者

[128] A. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Bd. 1, S. 269—270.

[129] 参见本章注6、7。

的决议尚未成为法律，谁也不会受到它的约束。这就是上述想法的实际意涵。

相反的，任何人自然也没有义务要去和他人订定什么契约。在此思考形式下，制定法作为客观法律的创制，以及契约作为主观权利的创造，这两者间的区别——姑不论其间所有的流动性与过渡现象——也如同早期的诸观念一样为人所熟知。那么，作为补充概念，决议于此要求一个来执行它的机构。机构的选取方式，例如因应个案来选举、有一定任期的选举，或机构功能的世袭性占有等，不一而足。

一来，随着各种团体相互间及各团体内部的分化与占有过程的进行，结果一方面是个人同时属于不同的团体，另一方面是在法律成员本身的内部关系里，团体机构和各个成员的处分权范围服属于既明确且合理化程度越来越赋予高的各种规则之下；再者，一方面是各个成员，另一方面是团体成员整体，对外的目的契约因交换经济的扩大而增加，结果是有必要明确决定任何成员和团体机构的任何行为的影响作用；最后，团体的地位问题，以及团体机构在契约交易及诉讼里的正当性问题，必然会浮上台面。法律技术上的一个解决办法，便是法人（juristische Person）概念的构想。从法学观点而言，这个名称其实是同义反复，因为所谓人，通常就是个法学概念。胎儿和市民完全一样，都被当作主观权利与义务的担纲者，而奴隶则不是，这两者都是为了达成特定效果的法律技术上的手段。就此而言，法人格（Rechtsperölichkeit）也和法律定义里何谓“物”的问题一样，全都是依（因应目的而选择出来的）法律判准而人为地加以规定。不过，关于团体和结合体关系的地位，尚有许多可供选择的解决方案，这又是一大问题。

将所谓团体的法人格的观念最理性地实现出来的办法，是将成员的法律领域完全和特别建构出来的团体的法律领域分隔开来。

换言之，按规则被指派出来的特定人选，被视为是唯一具有正当资格去让团体承担义务与取得权利者。不过，这些法律关系一点也不会影响到个别成员的人身与财产，而且也不会被视同为他们的契约，而是在法律上被归属于一整个分离出来的团体资产。同样的，成员以其成员资格（在团体规约下）所能够要求于或提供给团体的，乃是其私有财产——在法律上与团体财产完全分离的私有财产——的请求权与义务。这样的个别成员本身既无法为团体取得权利，亦无法让团体承受义务。在法律上唯有机构和以团体名义的行为才可做到这点，也唯有具正规资格的成员依确定的规则而召开和决议的集会，可以——但未必——具有权限，达成对机构行为具约束力的决议。法人格的概念可以就此被扩张，甚至达到处分下述经济财货的地步，亦即这些财货的利用是多数者——按规则而确定其范围、但并未组织化成为一个团体的多数者所认可的，此即基金（Stiftung）、目的财产（Zweckvermögen）。此时，在法律交易上被赋予独立代表上述多数者利益、且按规则确定的一个权利担纲者，为法律所承认。

一个具有法人格的团体，可以在法律上以此方式建构起来：首先是法人团体（Korporation）的建构，亦即，只有范围确定的一群人被当作是具有正规资格的构成分子，而管理则是在法律上经由其委任而执行。构成者的范围，原则上唯有透过纯粹私法上的权利继承或一定的合议机构（Körperschaft）的议决，才可加以变动扩张。其次是法学意味下的机构（Anstalt，与社会政策的机构概念[130]仅有部分相吻

[130] 此处“社会政策的机构概念”原文是“sozialpolitischer Anstaltsbegriff”，意思可能是指社会政策领域里的机构并不全然为法学意味下的机构所限。或者，若将“sozialpolitisch”解读成“soziologisch”，则或可认为其意指法学的机构概念未必与社会学的机构概念相互一致。例如“国家”是社会学上的机构，但不是此处所意指的法学上的机构。

合)，基本上类似基金会，在法律上唯有团体的机构存在，这些机构以团体的名义行动。至于成员这方面主要是被视为因成员资格而负有义务者，因而新成员的加入与旧成员的意愿无关，要不是依据机构的自由判断，就是按照一定的规则。再者，如此的一介成员——就像学校的学生——原则上对于管理一无影响力。

机构(Anstalt)、基金会(Stiftung)与法人团体(Korporation)这三种组织形态之间在法律上并没有绝对的区别。机构是自治的或是他治的，[131]并非如基尔克(Gierke)所说的那样绝对：教会是个机构，但也可能是自治的。

就法律技术的观点而言，举凡团体没有财产——以团体之名缔结契约时所必要的财产——以供支应时，法人格的概念一点也派不上用场。法人格并不适用于如下的社会团体，亦即在其客观本质上，对参加者的人数有严格的限制，并且时间上亦有一定期限，例如某些商业会社。此时，个别成员的法律领域若与全体的法律领域绝对分隔开来，即有损于信用，因为对于信用力的评估，非但奠基于(全体的)独立财产的存在，更重要还是奠基于所有参加者对于全体债务的责任承担。同样的，代表全体的特别机构之设置，也未必总是与目的相吻合。对这类团体和结合体而言，最适合于资本主义信用关怀的形式就是联保制(Gesamthand)的原理——其雏形至少是过去大部分的法律或多或少知悉的。在联保制里，能够合法代表全体

[131] "一个团体(Verband)可以是自律的(autonom)或他律的(heteronom)、自治的(autokephal)或他治的(heterokephal)。自律意指团体秩序是由团体成员依凭本身的特质所建立起来的，不管其如何达到这一步。在他律的情况下，秩序则是由团体以外的人所强加的。自治意指领袖和管理干部都是依据团体自己的秩序规章所产生，而不是像他治的情形，完全由外人指派(也不管这种指派是以什么方式进行)。"(M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 26 f.)

的,要不是全体成员采取共同的法律行动,就是任何一个或某些个或特定一个成员以全体名义采取行动,或者是全员以其身家财产连同负起责任。

联保制起源于家共同体的连带责任,而之所以在被延续下来的继承人共同体(fortgesetzte Erbengemeinschaft)[132]里取得其特色独具的性格,乃肇始于全体财产与成员的个别财产、全体责任与成员的个别责任在法律上的分离。我们早先谈过,此种分离是兄弟关系(Brüderlichkeit)在商业交易的影响下分崩离析所导致的结果。[133] 从继承人共同体开始,联保制的原理广泛成为许多基于自由意愿而组成的共同体的基础。对这些共同体而言,从家共同体的兄弟关系性格发展而来的对内与对外关系,要不是天生具备的,就是由于法律技术上的目的性才予以采用。现今的合伙公司法,如我们所见的,不外是为了资本主义经营的目的而将家共同体的关系加以理性的建构发展。合资公司的各种形式,乃是此种联保制的原理与普遍分布的康曼达和海外贸易公司(Societas maris)[134]的法制相结合而成。德国的责任有限公司是取代股份公司的一种理性的新发明:对规模较小的、家族式的、尤其是共同继承人的企业而言,原先的股份公司在法律上并不合适,特别是近代司法所强制要求的对外公告更是相当不便。面对航海的共同企业,商人、船主与航海员之间的兄弟关

---

[132] 在古代,共同继承人以形成"共同继承人团体"(Erbengemeinschaft, consor-tium)、不分割财产而合有的方式来"延续"家共同体。此种共同继承人团体便是"联保制"的原型。

[133] 参见 M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S. 226 ff. 。

[134] 在康曼达里,若航海者也投入部分资金成为出资者,那么此种康曼达即称为 Societas maris。详细情形,参见 M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, S. 323 ff. 。

系（西班牙法律里的 *agermanament*），[135]在事情的本质上原属天生自然。完全相应于商业经营从家共同体里发展出来的过程，此种兄弟关系在船舶航运业里发展成为企业者们的联保制的组织体。然而，另一方面，在冒险贷借的方式（Bodmerei）[136]和抛货原则[137]的运作下，这种关系则转化为航海利害关系者间纯粹切事的风险共同体。

在所有这些情况下，典型可见的是，兄弟关系为商业关系所驱逐，身份契约为目的契约所取代，不过，在法律技术上以合于目的的做法，维持全体为一个清楚分隔开来的权利主体，并且使共同拥有的财产（与成员的财产）分离出来。另一方面，机构组织却避开了形式的官僚体制化。（反之）如若建构为法人团体，则此种官僚体制化在技术上是无可避免的。以此结构，经过理性改造的联保制关系从未在其他任何法律体系里有如此奇特的发展，除了西方中世纪以来的法律体系之外。

联保制并未见于罗马法，这多半是法律技术上民族的市民法之特质使然，而不是由于（我们后面会谈到的）经济因素。至于希腊的商法，我们并不确切知道其发展的情形，但确曾为古代的国际交易法中的某些特殊制度所借用过，例如罗德斯海商法（rhodische Handelsrecht）[138]。不过，罗马法之所以能够比较容易省却如此丰富的形

[135] 参见 L. Goldschmidt, *Lex Rhodia und Agermanament*, Zeitschr. Für das gesamte Handelsrecht, Bd. 35, bes. S. 84 f.; M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, S. 323, 341。

[136] 参见本章注 100。

[137] 例如关于抛弃货物（Seewurf）的罗德斯法（lex Rhodia de iactu）。当海难发生之际，船长不得已必须牺牲部分货物以保全其他货物时，所造成的损害则全由货物物主按委托运送的比例来负担。这是从罗德斯岛产生出来的惯习，共和制末期为罗马人所采用，后来成为通用于全地中海海运上的惯习。

[138] 罗德斯（Rhodes）为地中海岛屿，罗德斯海商法为公元前 9 世纪左右的世界最古老的海商法。

式发展,与古代资本主义的特质有关:一方面是奴隶资本主义,另一方面主要是仰赖于国家的政治资本主义。奴隶被利用为盈利的工具,根据他们的契约,主人可以取得无限的权利,但仅负有限的责任;奴隶的财产(peculium)[139]在某种程度上被当作一种特别基金来处理,而这使得在今日借着种种形式的有限责任而达成的效果,至少有一部分得以实现。即使如此,下述事实自不容否认,亦即:此种限制——相关联的是,所有的联保制原理一概被排除于法人团体的法律之外,连带权利与连带义务只有在基于特别的连带要式口约(Korrealsponsionen)[140]的情况下方被认可——乃是法律的征兆之一。亦即,有持续性信用需求的、资本主义的、产业的永续经营并不存在,而此乃罗马经济体制的特色。

基本上取决于政治的古代资本主义所具有的重大意义,显现于以下这个事实:针对私人交易则付之阙如、但针对国家事业包办者(socii vectigalium publicorum:包税者、包矿者、包盐者)的种种法律制度,在帝政初期的私法里早已被承认。这种结社(包办人的结社)的法律与经济结构,是我们的银行于有价证券发行时普遍采用的法律形式——由一人或数人为首的企业者对发行者承担起资本筹措的

[139] 在罗马法里唯有家长(pater familias)才拥有财产所有权,家长权服从者(家子、奴隶)所取得的财产全归家长个人所有。不过,事实上在父亲或主人的财产当中拨出部分特定的财产委交家子或奴隶来自由管理与收取利益的情形也是有的,而此种惯行到了帝政时代也渐次受到法律的保护。关于家子或奴隶所担负的债务,债权人可以根据特有财产诉权(actio de peculio)对家长提起诉讼,但在后面这种情况下,家长的责任就仅限于特有财产的额度范围内。

[140] 根据法学提要(三·十六·前文)在要式口约里由数个要约者发出同一内容的问题,在最后一个要约者问完后,诺约者马上对问题作出承诺的回答,那么就此发生连带债权;反之,由一个要约者对数个诺约者发出同一内容的问题,全部的诺约者对此作出承诺的回答时,连带债务便即此成立。

任务，而此项资本筹措则由其他企业者合伙参加的形式——与光是有限责任关系的结合。在关于公众地位之利用的特示命令(Interdikt de loco publico freuendo)[141]和其他史料中所见的合伙企业首脑(manceps，包办人)的社员(socii)是下层合伙人员，而 affines(参与者)仅仅是有限责任负担者(Kommanditisten)，对内对外的实际法律状态和今日非常相似。

国家机构本身是否也可以被当作民法意味下的法人来处理，这个问题部分取决于法律技术，部分取决于政治考量。如果是，首先在实际上即意味着：国家支配里的各机构的法律领域有着私法与公法上的分别。在私法上，各机构负有作为个人应有权利与义务，在公法上，则有被当作是一种特别复合体——机构财产——的各种财产关系。再者，这更意味着：国家机构在官职活动的领域上，有着支配领域与私法关系领域的分别，而且后者单只涉及财产法的领域，适用私人交易法的一般原则。[142] 国家被承认为法人，结果通常是国家具有资格，在普通的法律诉讼里作为与普通人对等诉讼的对手，主动与被动地提起告诉或被告。

就法律观点而言，法人的问题和后面这个问题一点关系也没

---

[141] 在《学说汇纂》(四三·九·一)里即引用了法务官为了保护国有地贷借者及其社员的占有而发出的特示命令。

[142] 英译者在此点明，将国家建构成私法上的法人，亦即将国家作为国库与作为政权分别开来，是特别行之于德国的做法(无论在理论上或实际上)。相反的，在法国和英美体系里，国家被视为主权体，无论是在国家涉入与私人的契约关系里或身为财产的所有者时。由于后面这种取径，在法国的体系里，国家作为契约当事人或作为财产所有者，其法律关系乃服属于一套特殊规则，而且至少在理论上是有别于正规私法的规则。同时，在法国与英美体系里，国家并不能像私人那样被告上普通法庭。在法国，针对国家提起诉讼，必须上呈行政法庭，此种法庭与普通法庭区分开来，有参议院(Conseil d'État)为其最高法院，并不受民法和刑法最高法院(Court of Cassation)的节制。

有。因为，例如 populus Romanus（罗马国家）在私法上无疑有依遗言取得权利的能力，但是并没有诉讼能力。这两个问题实际上是各取其径的。就具有独立取得财产能力这点而言，所有的机构性建制，亦即国家政治组织，无疑是具有独立的法人格，即使它们并不服属于普通的诉讼。同样的，就算国家的法人格和诉讼能力皆被认可，但适用于国家机构的契约与适用于私人契约的原则也可能完全是两回事。当然，此种情形，譬如在罗马，通常多半是和下述途径相联结，亦即将普通法庭排除在外，并且由行政官员来解决因为和国家订定契约而引起的争端。成为诉讼当事者的能力，通常不只被赋予具有法人资格的组织，而且也被赋予许多联保制的组织。虽然如此，在法律史上，法人格的问题多半和诉讼当事者资格的问题有密切关联。

特别是事涉公家团体时，亦即政治权势无法像支配者对待臣民那样来与私人交涉，而不得不以自由契约的方式来取得其给付时，通常就有这样的问题发生。尤其是与资本家往来时，亦即，政治权力一方面需要资本家的信用支持及其企业家组织，另一方面由于资本游走于数个相互竞争的政治团体之间，故而无法以赋役制（Leiturgie）的方式来强迫资本家[143]；此外，问题也发生在政治权力与手工业

[143] “赋役制”（Leiturgie）一词在古希腊雅典时代（公元前四五世纪），指的是由富人（自愿或强制性的）提供金钱或劳役来支持一些公共事务的制度。例如“trierarchy”，是由富裕的市民提供资金来建造三层桨的战舰（trireme），并须负担此一战舰的一切开销（包括水手、修补等）；另外如“choregia”，则是提供酒神祭典所需的合唱团、戏剧等。此外还有其他许多。被提名到的市民如果觉得还有人更有能力负担，则可提出抗辩，对方可以接下此一职务，也可以拒绝，条件是必须与原被提名人交换财产，要不然就得诉诸法庭。此一制度后来为罗马所承袭，例如被选为“市议员”（decuriones）者即需负担当地的公共支出，并负责税收，不足得补齐。古埃及亦有类似制度。参见 *Oxford Classical Dictionary*，p. 613。

者和劳动者的交涉上,当其不能或不欲以赋役制的方式来强制他们时。当国家的法人问题,以及普通法庭的管辖权问题,都获得肯定的答复时,即意味着私人的利害关系一般说来有了较高的保障。

不过,两者之中万一有一个被否定时,也不必然就意味着此种保障的减损。因为,契约义务的履行尚可以其他方法充分加以保障。英国国王向来是可以被告上法庭的,但这也无法防止 14 世纪的佛罗伦萨银行家被他倒账巨额的债务。[144]反之,尽管没有任何诉讼上

(接上页)韦伯借用此一名词来说明古代团体——包括"家"、氏族、家产制国家或者像雅典那样的古代城邦——解决其公共事务(即国家财政)所采取的手段。其特点为实物贡赋及徭役,然而不同职业、不同身份的人,其义务也各自不同。"当**团体**本身(无论其为支配团体或伙伴团体)拥有自己的经济而专门化的劳务是被摊派于此一经济时,上述的概念即不适用。此种情况的典型,如庄宅的、庄园领主制的,或其他大型家计的专门化或明细化的实物赋役秩序。不过,被摊派于支配者(如王侯)和团体(如政治团体、地域团体或其他原先并非以经济为取向的团体)的**家计**上的劳务,亦属之。农民、工匠、商人的那种在质方面被明细化的徭役义务与捐输义务,在收受者是个人的大家计的情况下,称为**庄宅的实物赋役**,在收受者是团体家计的情况下,称为**团体的实物赋役**。从事经济行动的团体基于此种原则来满足其家计之所需,称为**赋役制**的需求满足。……政治团体里,它具有近代的"财政"的地位,在经济团体里,它则意味着大家计在需求分派上的"分散化",换言之,分摊需求供给者不再于共同的家计内被扶养与被驱使,而是各自照管各自的家计,但对于团体家计负有劳务义务,也就是说隶属于这个团体,诸如必须负担徭役和实物地租的农民、农场的匠人和各式各样的劳务义务负担者。参见《经济行动与社会团体》,页 94 及以下。

[144] 英译者认为此一叙述有加以限定的必要:"首先,在英国中世纪的法律里,从未有过以国王为对象的令状。这是从依循着布莱克顿阐述相当完备的基本理论而来的,换言之,国王当然不能发出以自己为对象的令状,也不能当作被告而被传唤到自己的法庭。不过,另一方面,到了 13 世纪时,既服属于法律又是正义与衡平之泉源的国王被认为不该(或者说不得)拒绝对(自己的)违法行为给予救济,或拒绝满足针对自己所提出的请求权。这样的救济与满足可以通过向国王或国王评议会的请愿而企及。不过,请愿如果奏效,本质上也是一种基于恩惠的救济,而不是权利的救济。然而,在 14 世纪时,请愿开始区分为请求某些特典或新的救济以及要求满足基于确实法律权利的请求

的强制手段可以对付罗马国库，但一般而言这并未危及国库的债权者，并且即使在第二次布匿战争时的确有危及的情势发生，但债权者已知道如何借着担保来获得保障，并且没人试图违犯此种担保。法国国家即使在大革命之后至少还可以逃避外界向他提出强制支付的诉讼，但这亦未危害到他的信用。[145]随着近代主权概念的发展，展现出原则上将国家与其他团体分别开来的倾向，而拒绝对国库的诉讼不过是其中的部分现象。法国即是如此，普鲁士亦然。腓特烈·威廉一世（Friedrich Wilhelm I）即试图运用“一切防制手段”来挫败“反抗的贵族”向帝国法庭（Reichskammergericht）提出告诉的兴致。另一方面，若容许诉诸诉讼的手段，自然是得符合以下的情况与条件，亦即：在政治组织是身份制结构的情况下，对于行政的一切控诉，都被当作是特权与既有权利之间的两造争端，并且采取法律争讼

（接上页）权；后者可以根据令状来加以强制。而令状所针对的，除国王以外任谁都可以。作出此种区别后，权利请愿成为针对王权的一种有效的救济手段，尽管在 15 世纪之前或许并未完全做到。14 世纪时的情况毋宁是相当暧昧的：权利请愿至少就技术而言尚未成为一种完备的法律救济，但国王实际上似乎总是想方设法地支付了他的债务。以上便是从 14 世纪的判例研究里所能得出的唯一结论。……至于外国商人，他们的地位在这方面是与国王的子民无异的。实际上的情况可能还要更好些，因为国王与外国商人间有着紧密且友好的商务关系。确实，后来是有人怀疑外国人是否可以基于英国的普通法（common law）提出告诉；然而，在 14 世纪时这并未影响到他们的权利——不管是对王权的债务求偿或是对任何违法行为的救济皆得以诉诸国王、评议会或大法官府的权利。……拒绝偿付国王债务给佛罗伦萨银行业者的事发生于 1345 年 1 月。爱德华三世欠负佛罗伦萨的主要家族巴迪（Bardi）与斐鲁济（Peruzzi）150 万金法伦（50 万英镑），而导致这两大家族破产——‘让整个佛罗伦萨陷入穷迫困窘的一场大灾难’。”（*Economy and society*, p. 748, n. 130）

[145] 英译者提醒我们在这关节上要谨记，在行政法院里对国家提起诉讼所能得到的法律担保与法律救济的保障绝对不会比在一般法院里对私人提出告诉所得到的保障来得少。前者之为法院，与后者一般无异。参议院企求扮演好不逊于民刑最高法院的司法功能。

的形式,在其中,君主并不是以至高主权者的身份出现,而是有一定界限的王权的保有者,或是政治团体里的特权担纲者之一。英国与神圣罗马帝国的情形即是如此。

摒弃对国家的诉讼,本质上也可能是法律技术的处境所造成的结果。例如罗马的户口总监即是个人对国家,或者反之,国家对个人的一切请求权——依我们的思考习惯,即私法的请求权——的争讼裁决机构。不过,他也是调停私人之间的争端——只要此一争端牵涉因国有土地而引发的法律问题——的管辖机构。以此,(1)在国有地上的一切占有状态,以及(2)国有地的资本主义利害关系人与国家财货筹措业务的资本主义利害关系人(亦即国家事业包办人,publicani)之间的一切争讼,或者他们与臣民之间的一切争讼,全都因此而从正规的审判人程序当中移出,转而委之于单纯的行政法非常审理程序。[146] 这对庞大的国家资本主义利益而言,实质上非但不是一种劣势特权,而确实是一种优势特权。

弃用审判人程序,以及国家官吏集法官与当事人代表两种资格于一身的这种状态持续下去,甚至沿用到皇帝所管的国库(Fiscus Caesaris)上——经过提比略时代(Tiberius, 14—37 年在位)的短暂动摇之后,自克劳狄乌斯时代(Claudius, 41—54 年在位)起,国库即越来越赋予具国家财产的性格,而不再是皇帝的个人财产。当然,事情并非如此截然了断,不管是在用语上(尽管 manceps、praes 之类旧有的行政法用语已渐为市民法的用语所取代)[147]或是在所谓国库具有诉讼能力的原则上,国库都还与国家财产有所分别。关于皇帝财产的地位,该以家产制的观点视之或以机构的观点来加以把握,这两个视点间的浮移不定,再加上行政技术的考量和皇朝的纯经济

---

[146] 参见本书第一章注 14。

[147] 参见本章注 110 及注 141 所在的本文。

利害关系都影响了皇帝诸多财产——理论上全都被视为具有诉讼能力——的种种变迁与个殊化。皇帝作为个人与作为政务官的区别,事实上只被实现于帝政初期。最后,皇帝所有的财产全被视为皇位财产(Krongut),因此惯例上当他继承皇位时,即将私人财产交付给子女。对于经由没收而取得的资产和为了强化遗嘱效力而由皇帝来继承的遗产,该如何处理的问题,无论从纯粹私法的观点或从纯粹国法的观点看来,皆未获得明确的开展。

就中世纪的身份制君主的地位而言,我们不难明白,在身份制组织的结构下——后面还要详细加以讨论,作为支配者的君主与作为私人的君主,或供政治目的运用的君主财产与供私人目的运用的君主财产,是不可能区分开来的。如我们所见的,此种无以区分的情况,使得针对英国国王和德国皇帝提起告诉的可能性获得承认。不过,当至高主权的要求让国家得以豁免置身于自己的机构的裁判之下时,就会得到和上述正好相反的结果。虽然此时法律技术也总是能够在对应君主的政治利害上,发挥相当有效的抵抗力。德国承接了罗马的国库概念,以之为法律建构的手段,使得国家有可能成为被提诉的对象,因而,此一概念——由于所继承的身份制思想,自然远远超出了私法争讼的范围——也必然扮演起真正的行政诉讼的第一线基础的角色。国库概念应该早在古代就已产生出(国家)机构的概念。然而,这样的概念推演脚步却从来未为古代的法学家所跨出,因为这与古代私法的既有范畴质地不同。甚至现代法律意味下的负担(Auflage)概念也未曾发展出来,[148]用以作为(机构概念

[148] 根据德国民法525条,赠予者若做出附带负担(Auflage)的赠予,则可以要求此种负担的实行;若此一负担是为公益,则在赠予者死后,管辖当局可以要求负担的实行。此外,根据1940条,被继承人可以对继承人和受赠人课以某种给付义务(负担);此时,对给付的履行拥有请求权者,并没有被明定出来,不过,若此种负担是为了公益,管辖当局可以要求负担的实行(2194条)。

的)代用品。

何况基金概念在此情况下更不是罗马法所可能构想的。因此,为了达到如同基金的目的,唯一可行的办法就是将之建构成法人财产,而且也在金石刻文的史料里得到证明。基金概念的构想,不论就实质而言或纯就技术而论,几乎无处不是在宗教的影响下产生出来的。多数的捐献资产(基金)向来是为了供奉死者或作为功德的宗教慈善行为奉献出来。对这些献金的法律地位问题最为关注的,主要是被委以重任采取行动以实现献金目的的教士阶层。因此,只有在教士阶层能够充分独立于世俗权力之外,而让神圣的法律得以发展的情况下,献金法(基金法)才能够成立。埃及自太古时代起即有献金存在,亦为此故。[149]

纯粹世俗的基金,特别是家族基金,除非是采取采邑授予的形式或类似形式,换言之,除非设定出特权家族对君主的依存关系,否则不但就法律技术而言,或者更根本的基于法政的因素,几乎无论何处都是闻所未闻的。城邦里即因此从未有过基金的存在。到了拜占庭时,事情首度出现转变,办法是将宗教规范利用在法律技术上,在此之前,晚期的罗马法即以信托遗赠的方式初步朝这方向迈出蹒跚的一步。在拜占庭,基于下文将提及的理由,采取兴建修道

[149] 关于埃及的这一方面,韦伯有如下的叙述:"反之,土地财产原则上可以让渡一事,似乎尤其可以公元前4000年那时已可经由金石刻文证明的宗教捐献来加以印证。换言之,在这些捐献里,(为了'死者之灵魂弥撒')被捐出的土地清楚地被规定是不能让渡的。该祭司……只能将这些捐献的财产遗留给自己的子女,因此他们势必永久且世袭地被束缚在自己的职务上。……在捐献里,此一目的就法律技术而言——由于当时当然没有基金这样一种近代的法律概念——是以附带负担的赠予(donatio sub modo,亦即附带着世袭这个负担的赠予)这样的形式来达成。"(M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, S. 68)

院而将其管理权和定期金收受权保留给自己家族的形式，以确保家族拥有永久性的定期金收入。这种形态的基金继而表现在伊斯兰法的 Wakuf 上，而 Wakuf 则在伊斯兰教法律里扮演了极为重要的角色，包括经济方面的吃重演出。[150] 在西方，就法律技术的观点而言，最初，圣者被当作献金资产的所有人，在教会法（kanonische Recht）为了教会的目的而作好概念的准备之后，才开始了中世纪世俗的基金概念的发展。[151]

在纯粹的法律观点下，**机构**概念的建构直到近代的理论里才被充分发展出来。实际上，此一概念亦有其教会的源流，此即罗马

---

[150] 中世纪时回教徒为宗教目的而捐献的财产称为 Wakuf。土地或其他在将来预计价格会提高的物事被捐献出来以建立寺院或修道院；这些寺院和修道院的收入，扣除了一定的义务支出及管理费用后，成为捐献者家族的收入。换言之，借着建立寺院或修道院的形式，此种捐献的目的实际上在于设置家族的世袭财产——不但因其作为宗教财产而被圣化，世俗权力借以恣意地介入保护，并且还可预想将来收入的增加。在这点上，类似于拜占庭的修道院基金或西洋中世纪的“私有教会”（Eigenkirche）的设立。所谓“私有教会”是指俗人贵族在其领地里以自己的经费所建立的教会。此种教会属于建立者一家所有，并且在此服务的圣职者也由建立者及其继承人（私有教会主）自由任免，教会的收入也就是私有教会主的收入。

关于拜占庭的修道院基金与回教的宗教性基金（Wakuf）及其与世袭家族财产的关系，详见《支配社会学（Ⅰ）》页 193—195、《支配社会学（Ⅱ）》页 394—395。

[151] Stiftung 的概念在中世纪的教会法里已初步形成。换言之，当教皇的势力达于顶点时，教会已不再被认为是信徒的共同体，而是在神意的基础上由神及其代理人教皇自上而下所指导的一个机构（Anstalt），特别是在教皇英诺森四世（1243—1254 年在位）时。可以说是由权威性、支配性的教会概念来取代民主性的教会概念。至于各个教会与修道院及其他各种设施，也同样被当作是依据各个庇护圣者和捐献者（Stifter）的意思来经营指导的“机构”或“基金”。最初，庇护圣人和捐献者被视为财产所有人，教会及修道院等逐渐被认为本身即具有法人格，于是基金、财团法人的概念才趋于完备。

晚期的教会法。当宗教权威担纲者的卡理斯玛观念以及教团纯粹自发性的组织终于被迫让位给主教的官职官僚体制，而主教也尽力争取到有关教会财产权的管理在法律技术上的正当化时，机构概念必然会以某种方式油然兴起。在古代的法律里根本找不到教会的机构概念的踪影。自从祭祀礼拜被城邦世俗化以来，寺庙神殿的财产即在法律上被视为城邦的财产。因此，古代的法律技术就以其法人概念来支持基督教教会，到了中世纪初期，只要教会财产并未被视为私有教会财产[152]，那么亦可以前面提过的方式，亦即以圣者为所有者而教会官员为所有者之代理人的做法，来解困舒危。

不过，教会法自从在主教叙任权之争里对私有教会法宣战以来，即发展出教会的法人法(Korporationsrecht)。此种教会的法人法，就社会学的观点看来，必定使教会的结构带有支配的、机构的性格，因而无可避免的会与结社(Verein)或身份团体的那种法人法有所乖离。而这也强烈影响到中世纪时世俗的法人概念的形成。近代具有机构性质的国家行政有其本质上行政技术方面的需求，此种需求促使法律技术层面上产生出许许多多官方的经营，诸如学校、贫民院、国家银行、保险机构、储蓄银行等。此等经营既无

---

[152] 民族大迁徙之后，改信基督教的日耳曼贵族开始以国王的身份在自己的领地里以自己的经费大力兴建教会与修道院。这样的教会与修道院便称为"私有教会"与"私有修道院"。它们属于兴建者所有，并且在其中服务的圣职者也由兴建者自由任免。私有教会与私有修道院的收入一概属于兴建者，因此这样的兴建也带有一种经济的企业的性格。然而，若就教会法原本的方针而言，主教区内所有的教会财产和圣职者，皆应服属于主教的管理，因此，私有教会与私有修道院的制度反倒成为违背此一教会法原则的显著例外，但由于它们与贵族的经济、精神和政治的利益牵联结合在一起，所以长期以来无法废止。私有教会与私有修道院在主教叙任权之争里，是教皇这一边的攻击目标之一。

成员亦无成员权利可言，而只有他律的和他治的机构，因此无法建构成法人，所以才会有所谓机构（Anstalt）这种独立的法律概念的构想。

发展较成熟的罗马法里所见到的理性的法人概念，乃是帝政时期的产物，特别是根源于政治的地方团体法（Gemeinderecht）。政治的地方自治体对立于国家的现象，是在同盟市战争（Bundesgenossenkrieg）[153]之后才爆发的。经此一战，这些向来主权独立的城市大量地被吸收到市民团体里，不过，其作为法人的独立性却持续保留下来。彻底将这些关系加以规制的，是帝政初期几位皇帝的敕法。地方团体由于丧失了自立性，也就失去了作为政治机构的资格。早在公元2世纪时就已出现了 civitates privatorum loco habentur（城市应被视为私人）这样的说法，而米泰斯（Mitteis）也正确指出，关于地方团体的财产，当时已从 publicum（公有）这个用语转变成 commune（共有）。[154] 地方团体的争讼事件，部分是行政上的（例如有关领域的争端，controversia de territorio），部分是属于私人方面由于契约而引起的，而后者显然是诉诸通常的诉讼程序。城市官吏制度的典型形式遍布于整个帝国。我们发现帝政时期的私法人里也使用了城

[153] 意大利的同盟城市与罗马市之间发生于公元前91—前88年的战争，称为"同盟市战争"。意大利的同盟城市对于罗马霸权的成立贡献良多，但地位比罗马低下许多；因而本就有要求承认市民权的呼声，而这样的要求则由于古拉格兄弟的土地法改革而激化，遂于公元前125年引发部分对罗马市的反叛。公元前91年，护民官杜鲁苏斯（Marcus Livius Drusus）欲提出赋予意大利人市民权的法案，但被暗杀，以此契机，遂爆发"同盟市战争"。罗马于公元前90—前88年数次制定法律扩大市民权，使意大利境内各城市的市民大多获得罗马市民权，以此，罗马市民的数目遂以倍增。

[154] L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Bd. 1, S. 348, Anm. 2.

市官吏制度里的种种称号。法人概念——以原先的政治性地方自治体机构为范本——的官僚体制化，或许就是以此为起点。对政治机构而言，团体财产与个人财产的绝对分离，不啻自明之理，就如同以下这个命题所表现的：quod universitati debetur, singulis non debetur（法人的债权并非各个成员的债权）。[155]

同时，在朱利安王朝统治下[156]，所有自由结社的成立都被强制要取得认可，这无疑是政治因素使然。取得认可是否即意味着取得完全的法人格，或者只是某种程度上的法人格，似乎还有疑问。不过，后来两者倒是合而为一了。尽管无法确定，但 corpus collegii habere（具有社团的身体）这个语句，可能正意味着完全的法律能力。后代的理论里，典型的用语即 universitas（法人）。如果米泰斯颇具说服力的说法是对的，亦即法人的内在关系只服属于行政的非常审理程序，那么，这便是上述那种——贯穿于帝政时期的整个法律状态里的——官僚体制化的一种独特的部分现象，而且同时也是先前为妥当的状态的一种世俗化的变相，而这种世俗化的变相更突出了这整个发展的特色所在。

共和时期里的状况显然是不同的。虽不确定，但也有可能的是，以梭伦的立法为范型的十二铜表法，承认既有法人的自律性

---

[155] 这是收于《学说汇纂》（三·四·七·一）里的乌尔比安努斯的言论。本文所引用的文句底下一句是“ne quod debet universitas singuli debent”，上下两句加以意译的话，可以作“法人的债权并非各个成员的债权，法人的债务亦非各个成员的债务”。

[156] 这是指帝政初期的四个皇帝（奥古斯都，提比略，卡利古拉，克劳狄）所从出的家族，这个王朝也称为“尤利乌斯·克劳狄乌斯王朝”。社团成立的认可主义是根据公元前7年由奥古斯都所提案而通过的法律（Lex Iulia de collegiis）。

(Autonomie)。[157] 共有财库的存在,被当作是自然而然的事——后来的禁令正足以证明这点。另一方面,在市民法上的诉讼,却全无法律技术上的可能性。即使是政府的公告也应该是到了帝政时代才认识到这种可能性。成员之间关于成员权利的争端,并没有诉讼模式可循。原因显然在于:当时的私法人,部分是服属于宗教法、部分则服属于行政法,亦即服属于祭司或官吏的非常审理程序,而这又和古代城邦的身份制关系牵连在一起,亦即,虽然容许奴隶与滞留外人(Metöken)加入志愿性社团(collegia),但不准加入政治的市民行会(Bürgerzunft)。[158]

就像希腊的部族集团(Phratrien)、更早先的各种自由集结团体,以及可以追溯到图腾团体的大多数作为法律组织的永久性结合体关系等,吾人所知的最古老的罗马社团全都是兄弟关系团体(sodalicia, sodalitates),并且也就是祭祀共同体。兄弟之不可能被兄弟告上法庭,就像他不可能将任何一个与他有恭顺关系联结的人告上法

---

[157] 根据盖尤斯的《十二铜表法批注》第四卷(《学说汇纂》四七·二二·四):"Sodales 是指属于同个社团(collegium)里的人。……法律赋予他们——在不侵犯公法(publica lex)的情况下——可以做出符合自己所欲之约定的能力。只是,此一法律被认为是从梭伦的法典移入的。"

[158] 韦伯以"市民行会"一词来指称完全市民所组成的团体,所谓政治性的完全市民团体,就是指城邦。关于滞留外人的法律规定,韦伯认为"在罗马,他们——在氏族国家时代——通过'服属行为'(applivatio)而处于乐意接受他们的富有'氏族长'(pater)或……国王的保护支配下。根据此种服属行为与保护者的'收容行为'(susceptio)所产生的关系,既不同于奴隶制,也不同于家士制(Vasallität)。……(保护者与被保护者)彼此间的关系受到传统的、相当明确的伦理法典所规制。不过,此种伦理法典具有宗教性格,因而与城市国家的市民—世俗的'**一般法**'(Landrecht [罗马市民法])没有关联……也**无法**以一般法来加以把握。虽然如此,此一伦理法典极具重大意义,所以也不能就这么忽视它的存在"(M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial-und Wirtschaftsgechichte*, S. 202 f.)。

庭一样。即使在学说汇纂法(Pandektenrecht)里都还留有这样的痕迹,[159]亦即不认可兄弟间的刑事诉讼。就市民法而言,兄弟关系的存在正是在这样的负面归结上,亦即作为限制,而被加以考量。行会与职业团体被证实早在罗马共和早期即已存在,它们也出于同样的理由而被建构成祭祀团体(collegia cultorum),换言之,就像中国和中世纪时的团体那样,是在各自的特别神祇保护之下的兄弟团体。在罗马,这些特别神亦由于团体之受到承认而被国家承认为正当的神祇。例如墨丘利(Mercury)即是传说中相当古老的商人团体(collegium mercatorum)的保护神。贫困时相互支持的义务,以及祭典的圣餐,无论是在罗马的行会和职业团体里,或是在日耳曼的行会或其他所有奠基于兄弟关系的团体里,都是同样久远的,后来则理性化为救济资金与丧葬资金的设置,而许多这类的团体在帝政时期都纷纷以这种资金的设定之姿出现。

这类团体与市民法毫无关系。只要宗教性组织不只是个形式,那么其财产恐怕是在宗教的保护之下,弟兄间的争执也被当作是内部问题来裁判解决,而对外的摩擦则交由政务官的非常审理程序来

---

[159] 编成于公元6世纪的查士丁尼法典(*Corpus Juris Civilis*, 又称国法大全)包含了四个部分,分别是《御法集》(*Codex Justinianus*, 亦称查帝法典)、《法学阶梯》(*institutiones*, 又称法学入门、法学纲要)、《学说汇纂》(*Digesta* 或 *pandectae*, 又称学说类集、学说集成、论法汇编)、《新律》(*Novellae*, 又称新敕、御法新编)。其中,"Digesta"为拉丁文,是"集合起来"、"编成体系"的意思。"pandectae"为希腊文,是"包括一切"的意思。两者的基本意思是相同的,即"汇纂"之意。所以查士丁尼的《学说汇纂》乃是对过去、特别是公元前1世纪末到公元4世纪初的罗马著名法学家的著作、学说和法律解答的选编(即interpolatio)。在此一汇纂的基础上,特别是19世纪时主要是在德国所开展出来的法学与法律即称为"学说汇纂法学"(Pandektenwissenschaft)与"学说汇纂法"(Pandektenrecht)。

解决。政务官的介入,对于在国家的赋役(Leiturgie, munera)[160]上有其重要性的职业团体而言不啻是自明之理。这也说明了走向帝政时期的官僚体制化为何不难。不过,特别是农业团体——根据史料只能约略推定它们的存续——的各种关系,并不在正规的审判人程序的规制之内。ager compascuus(共同牧地)是 Allmend(共享地)的残留余迹,而农业著述者所提到过的 arbitria(裁定),则是邻人关系里有所争讼时受到国家某种规制、但又是自律性的纷争解决的残迹。[161] 对于法人法越来越赋予具影响力的自治城市(municipium)类型一旦成立,帝政时期里适用于法人——只要仍被认可的话——的法律就明显地越来越平齐化。至此,伙伴团体的成员权利——如果我们能这么说的话——的残余痕迹消失了。而且,诸如希腊化时代的小城市里的手工业者部族之类的现象,唯有在罗马帝国法律境域

---

[160] Munus(pl. munera)是指罗马市民对国家或城市所须承当的负担。此处是用来指赋役制下被课征的负担。

[161] 在进行土地分配后(参见本章注 107)所剩余的土地(亦即 ager extra clusus, subsiciva, loca relicta),会被当作公共牧地(pascua publica)或伐木场而交给定居者的共同体,或者,会被当作唯有一定人士——多半情况是邻近份地(fundus)的所有者——才拥有放牧权的土地(ager compascuus)来使用。Pascua publica 与 ager compascuus 之间的不同,在于以下两点:(1)后者是唯有一定的人才拥有放牧权,(2)ager compascuus 的放牧权就是一种"权利",而 pascua publica 上的放牧"权利"——能够依据诉讼来加以保护的私法上的请求权——并不存在。不过,为了保护此种放牧"权",在西塞罗时代是采用了 iniuriarum 诉权,至于更古老的时代,韦伯认为是采用近似 controversia de modo(关于份地面积的争讼)的程序,亦即在土地测量专家(agrimensores)的参与下作出裁定(arbitrium)的程序。以此,我们或可推测古时曾有一种耕地共同体(Flurgemeinschaft, 亦即本文所说的农业团体, agrarische Verbände)存在,而土地分配(assignatio)的进行,对此种耕地共同体而言不啻是极为激进的一种耕地整理(Separation und Verkoppelung)的做法。参见 M. Weber, *Die römische Agrargeschichte*, S. 56, S. 120 ff., 128 f。

之外才可能存在。史料上之所以会提及这种现象，证明了以下这点，亦即：罗马帝国法律里虽然没有加以规定，但也不可因此而推断另类的团体构造形式并不存在，就像古老的市民法里看不到所谓的永佃权和分割所有权，但不可因此而作出这些制度并不存在的结论。户口调查书所在乎的只是 ager optimo iure privatus（据有最优先权利的私有地），然而在这种土地上，永佃权和分割所有权是不可能成立的。[162]

中世纪的欧陆法受到三方面的影响：一是日耳曼的伙伴团体的形式，二是教会法，三是罗马法透过法律实务而被接受的形式。日耳曼的伙伴团体的形式由于基尔克（Gierke）的大作而在历史上重新展现出其丰富性与发展过程，其细节问题牵涉到经济各个领域，特别是农业史与企业形式发展史所要探讨的问题，我们在此姑且不论。此处只需对那些（团体的）处置方式的形式原则稍作说明即可，此亦我们当下唯一的关怀。从单纯的联保制关系，到纯粹的政治共同体，亦即中世纪的城市自治体，我们发现一系列几乎毫无间隙的组织结构的转换，这些组织在法律技术上的共通点，就是具有诉讼能力与财产能力。反之，个人与整体之间的关系要如何规制，则出现花样极为繁多的类型。(1)个人是否并不被视为总体财产的持分所有者，或者，(2)反之，个人的持分是否即为其私人所拥有的财产，而且是以有价证券的形式，因而可以自由让渡，不过，这仅代表对整个财产复合体的持分之一，而不是对财产的各个构成部分的持分，或者正相反，(3)个别构成部分是否被视为持分所有者在分割所有的方式下所拥有；再者，(4)在何种程度上，整体对个人的权利加以限制、对权利的内容加以规定，或者反之，(5)个人的权利足以阻挡整体所采取的处置，(6)是否由某个专员或特定的成员（以其成员的资

[162] 参见本章注 106 至注 109 及本文。

格)，或在一定范围内由全体成员来对外代表整体、对内管理整体，(7)成员是否负有以其本身的财产或以其个人的劳动来担待的出资义务，(8)成员资格是否原则上为开放的，或者原则上是封闭性的，唯有经由决议方能获得。所有这些，全都以极为不同的方式来加以规制。

组织的管理，以相当不同的程度，接近于政治团体典型所见的形式，接近的程度甚至往往到达这些组织本身对内对外的强制力——唯有通过强制手段的种类，或唯有通过相对于政治团体的、本身的他律性，才能够与政治团体的强制力区分开来。另一方面，整体，就像任一个私人，也被当作个人权利与义务的担纲者。整体可以拥有称号权、身份权与发明权，并且具有违法行为能力，换言之，一定的违法要件事实，特别是其机构的作为或不为，可依法追究整体，并由整体赎此罪责。尤其后面这种违法行为责任的追究，绝非例外，以至于有一整个时代，特别是在英国，主要是以整体人格为义务共同体，当义务未被履行时，整体即身为被国王课以罚金的债务人。

人的集团的基本组织，几乎可以采取任何一种团体形式，关于后者，我们在讨论到政治团体时将会有所学习。换言之，有的是由参加者(成员)直接管理，有的是以参加者的名义行代议制的管理——奠基于参加者的平等权利或不平等权利上。或者是由轮流方式或选举出来的官职保有者来管理，或者是经由规范或传统的限定、但除此之外即为独裁的支配者权力，交由某个人或某个明确限定的权力保有者集团来行使。此外，此种支配者权力的取得途径，可以通过定期选举或其他方式的任命，也可以奠基于世袭权或可让渡的权利头衔，后者也可能与特定的财产对象之保有相联结。

整体的各机构的结构，(1)可以是比较倾向于特权的建构，换言之，行使一种由明确限定的权利所构成的特权，也就是将若干支配

权能当作是主观的权利来行使，不过这些集结的特权毋宁是具体的、有其不容逾越的权限；(2)也可以比较倾向于统治权力的建构，换言之，此种统治权力处于客观规范的限定之下，但在此规范的范围内，统治权力可以自由选择其手段；此时，有可能较接近社团的类型，也可能较接近机关的类型。此外，机关的结构在内容上可能被严格地束缚在目的团体的标的上，或者相对而言能够较自由地活动。以此，自律的范围自然各不相同。有的可能完全缺乏自律，权利的取得与给付义务全都依照明确的规则而自动分配，就像英国的某些赋役团体的情形。或者，机构可能广泛拥有自律的法律制定权，而且只受到有弹性的规范——承袭而来的、被制定出来的或他律性的规范——之限制。

所有以上这些选择在具体情况下到底何者得以实现，从过去直至现在——在自由成立团体的基础上——首先是取决于团体的具体目的，特别是各个团体的经济手段。团体可以主要是从事经济行动的共同体(wirschaftende Gemeinschaft)[163]。此时，团体的结构本质上即取决于经济因素，一方面是资本的重要性有多大、扮演何种角色，以及资本的内在结构为何，另一方面则为信用基础和风险的份量与种类。若以资本主义的盈利为目的(尤其诸如股份公司、采矿公司、船运公司、国家债券公司和殖民企业等)，由于资本对于团体的给付能力和

[163] “结合体行动(Gesellschaftshandeln)，依其参与者的主观认定，有可能导向纯粹经济的结果——需求满足或盈利。以此，即可建构起经济共同体(Wirtschaftsgemeischaft)。或者，将经济行动当作是达成其所欲之其他目标的手段，此时，我们称之为从事经济行动的共同体(wirtschaftende Gemeis-chaft)。或者，共同体行动的遂行当中，有时也会出现经济之外的成果与经济结果相结合的情形。最后，也可能不属于上面任何一种情形。最前面提到的那两个范畴，其间的界限并不怎么分明。”(《经济行动与社会团体》页246—247)关于经济取向的团体(分别为从事经济行动的团体、经济团体、经济规制团体与秩序团体)的基本定义，见同书，页19—20。

利润分配对于个人利益均极为重要，所以成员资格原则上是封闭性的，而经营也相对的被锁定在明确的目的上；同时，成员权利形式上是不可侵夺的、可以被继承的，而且多半是可自由转让的；管理上则以官僚制行之，成员或者直接或者以代议方式参与会员大会，会议在法律上是民主制的，事实上则为金权制的支配方式，亦即通过商议和按出资金额多寡来表决。此外，进行资本主义式盈利的团体既不要求成员的对外责任——因为那对团体的信用能力并不重要，一般说来也不要求其对内的责任，除了矿业公司之外，因为其资本结构有所不同。

另一方面，若团体是以自然经济式的自我需求满足为目的，那么共同体的目的愈是无所不包，集体的权力就愈是强大，成员的明确权利并不存在，而近似共产主义式的经济，无论其奠基于直接民主制或家父长制（诸如家共同体、公社[164]、严格的耕地共同体）。随着封闭性的升高及内部的占有之强化（村落共同体与马克体），成员权利也慢慢浮上台面。另一方面，仍然在共同体管理之下的各种公用利益则转变成被个人占有的权益的一部分（如同个人财产的附属品），依情况采取轮番制来管理或交给世袭的机构或交给庄园领主来管理。

最后，若目的在于借着共同经济来补充个人的生产经济或消费经济，而自发性地成立结合体组织时，就像近代法律上所谓的合作社，成员通常是封闭性的，因为成员权利不仅明确占有而且也如成员义务一样有明确的限定，不过，通常不许自由让渡。此时，个人的责任对于团体的信用能力基本上是越来越趋重要，不过，这种责任有时是有限责任，有时——当风险一目了然时——则为无限责任；管理方面，形式上

[164] Gemeinderschaft，是指以共同继承人团体为原型、奠基于联保制原理而不具法人格的共同体。个别成员并不能独自处分一己的持分权，任何处分唯有通过全体成员的联保行动方能进行。农民的公社多见于德国南部与西部，是一种家计共同体；骑士的公社则为共有财产的使用利益分配，并非共同家计。公社的具体实例表现出形形色色的样式。

是官僚制的,实际上不少是走上名门望族式的管理。

当团体为不特定多数的利害关系者、尤其是不特定多数的受益者之故,而越来越具有机关的性格,而且由于利害关系者这一方为了偿付整体所提供的效用而支付长期的分担费用与代价,使得供应资本的意义逐渐低落时,个别的成员权利之于整体财产必然越来越赋予丧失其形塑团体结构的意义。此种情形早已发生在纯粹以经济为取向的保险公司上,特别是以社会政策和慈善为目的的机构上。最后,当共同体越来越赋予成为只是个以非经济目的为首要经济行动的共同体时,成员受保障的财产权也就越来越赋予失去其意义,而经济条件一般而言也逐渐失去其决定共同体结构的影响力。

不过,团体的法律结构的发展全部非尽然取决于经济。这点首先已由英国(无论是在中世纪或近代)和欧陆尤其是德国,在发展上的强烈对比得到证明。自诺曼人征服以来,英国法里根本没有基尔克定义下的伙伴团体(Genossenschaft)存在,大陆式的法人概念直到近代才发展出来。英国法既不知晓团体的自律——就德国中世纪时早视为理所当然的意涵与范围而言,有的话,也不过是稍见端倪——也没有借着规范来通盘规制的团体法人格。正如梅特兰(Maitland)和其后的哈薛克(Hatschek)所指出的,[165]基尔克的伙伴团体理论在英国的法律领域里几乎没有容身之处,除了基尔克所谓的支配团体的型态之外;[166]可惜后者是可以用有别于基尔克所拟制的法学范畴来加以建构,而英国正是如此。团体法的这种所谓日耳曼的形式在英国法里付之阙如的现象,并不仅是因为英国并未承袭罗马法,而正因为其并未承袭罗马法。欠缺罗马的法人概念反倒助成

[165] Maitland's Introduction to Otto Gierke, *Political Theories of the Middle Ages*, 1900; Julius Hatschek, *Englishes Staatsrecht*, Bd. 1, 1905, S. 35 ff.

[166] Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 2, S. 43—46, 557.

了以下状态，亦即：在英国起先只有教会机构在教会法的挹注下拥有具实效力的法人权利，而后英国所有的团体皆具有被形塑成类似性格的内在倾向。单独法人(corporation sole)的理论，亦即由官职保有者的连续性所表现出来的法资格(dignitas)的理论，[167]使得英国的法学有可能将国家和地方自治体的行政当作一种法人格来处理，就像教会当局被当作教会法上的一个法人格一样。直到17世纪，国王一直都被视为一个单独法人，即使至今，被视为政治团体的一切权利义务承担者的，既不是国家也不是国库，而是国王，这毋宁是受罗马法所影响的德国的法人概念原先——由于身份制国家的政治结构之故——在英国付之阙如的结果，同时也是教会法影响下的结果。到了近代，英国的法人，如果有的话，性格上基本是个机构，而不是自发性的结社，无论如何也不会是德国法律上的那样的伙伴团体。这不禁令人怀疑，在欧陆，罗马法并不如人们通常所想的那样，是造成中世纪伙伴团体法衰亡的决定性力量。

事实上，罗马法学者在解释查士丁尼法典时——对于中世纪的团体而言，此一法典是如此的陌生且无法契合——必须要对其周遭所见的法律实务上的诸多事实如此多方地加以考量，以至于他们的理论——尽管使用了诸多很有问题的思考手段——尚不足以威胁到中世纪诸团体的存在。尽管法人概念的建构取代了总是相当不安定的德国法律思维形式这件事并不是他们独力促成的，但他们的确也出了不少力。包括英国这一方面和大陆，尤其是德国这方面，两方的发展如此大相径庭的真正理由，无论是在中世纪或是在近代

[167] 当法人的构成员只有一人时，例如国王、女王或主教，即称为单独法人。此一地位的继承者具有脱离其个人资格的法资格(dignitas)，此种法资格被认为是具有永续性的。相对于此，由多数成员所构成的法人则称为 corporation aggregate。

初期,主要都在于政治的情势。两者的差别基本上是由于以下因素所导致的,一方是强大的中央王权和金雀花王朝及后继者高超的行政技术手段,另一方是德国之缺乏强大的中央政治势力。此外,另一个原因是英国的普通法(Commom Law)在不动产法领域上的某些封建的基础持续影响到后代。

不过,法人概念的这种极端机构性与支配性的结构,在英国并不是唯一的形态。作为欧陆式法人的代用品,我们看到一种将某些人或某些官职保有者当作是受委托者的处理方式,这些受委托者被付托一定的权利以照顾一定的受益者或一般大众。以此,自 17 世纪末以来,不仅国王时时被当作公众的受委托者,教区和地方自治体当局也同样如此,而我们现今凡是以目的财产(Zweckvermögen)的概念来解释之处,在英国皆以受委托者(trustee)的概念作为最佳的技术手段。此种机构性的建构之特色所在,是受委托者不仅可以做而且应该做到其权限范围内的事。换言之,此即官职概念的一种代用品。在此语义下的信托(trust)之起源,正和罗马的信托遗赠(fideicommissum)之起源的情形一样,起初是因为有必要回避某些禁止法规——尤其是禁止死手取得财产的法规(Amortisationsgesetz)[168]——和现行法上的

---

[168] "死手"(tote Hand)一般是指法人,中世纪时是指教会、修道院或其他宗教性的财团法人。教会财产不同于"会生会死的人"(homme vivant et mourant)的财产,既不会因死亡而发生继承,也极少因生前处分而发生移转。此种财产简直就像捏在"死人"手里那样一动也不动,所以得"死手"之名。君主和世俗贵族是不会高兴由死手来取得财产的。因为,由死手取得的产业愈多,自己所能处分的土地就愈少,而且因继承和保有地移转所产生的税捐也会越来越赋予少。于是遂有这样一种规范成立:死手财产的取得(Amortisation)必须要获得君主或领主的承认,并且在获得承认之际要缴交一定的承认规费。在英国,1217 年的大宪章 43 条里规定禁止死手的财产取得,之后,又有 1279 年的禁止法(Statute of mortmain)以及以下数次的禁止法出现。信托(trust)的前身为"use",被认为也是为了规避这类禁止法而设想出来的。

其他法律限制。此外，中世纪时法人概念付之阙如，也是信托的缘起因素。当英国最终发展出法人概念时，人们还是继续将上述法律技术手段运用在那些无法被建构成法人的机构上。虽然如此，类似的基调，即使是在此一（机构法）领域之外，还是长期且根本地继续支配着整个英国的法人法。

基于上述最后一个情况，马克体在英国法里比在德国更远为彻底地具有支配的特性，就中尤其是庄园领主通常被视为未分配土地的拥有者，而农人不过是有权使用他人物品的人。面对这种贯彻始终的想法，农民可以向王室法庭投诉的途径并没有多大用处。最后的结果，是单纯的封土权（fee simple）[169]成为英国土地所有权的基本形式，其彻底的程度远远超过罗马法的 ager optimo iure privatus（据有最优先权的私有地）真正实行的情况。共同继承人团体（Ganerbschaft）以及所有以之为原型而建构的各种形态，也都由于封建的长子单独继承制原则而全部被排除。一切土地所有最终都是来自国王的授予，此种观念的结论必然是认为所有团体的处分权都不过是特定人士及其权利继承者借着特权而取得的特殊权利头衔罢了。根据梅特兰的研究[170]，我们不得不相信，由于昔日田宅制度特有的分配方式是纯粹自动地依各人的持分而分配权利与义务，而且此一方式也转用到所有类似的团体，所以英国的法律实务最初极少感觉到有必要将参加某个共同体的个人全体当作是独立的法律主体来处理。

此一状态，由于国家部分为封建的、部分为特殊身份制的结构，

[169] 臣民对土地所握有的最绝对权利。既无继承范围的限制，也可完全自由地转让。

[170] Pollock and Maitland, *The History of English Law*, *Bk.* 2, c. Ⅲ, § 7, esp. vol. 1, p. 620 sq.

而得到强化。换言之，首先是通过禁止死手取得财产的法令——为了国王与贵族的利益，全面禁止将土地让渡给死手，包括地方团体。唯有凭借特殊的特权赋予才能够豁免此种禁制，而事实上15世纪时对城市的特权赋予（最早的是1439年对京斯顿[Kingston]的特权赋予），即为该城市创造出带有积极内容的法人权利，目的正是免除上述禁令的重压。不过，法人法也因此而停留在特殊的特权法阶段，并继续处于身份制法律建构的一般后果之下。自国王和国会起，一切的支配权力皆被视为一定的王权与特权的复合体。凡是行使未经纯粹私人契约而获得的权利者，在法律上，除非借着有效的特权赋予，否则无法保有此项权利，而且也因此只能在明确限定的范围内保有之。唯有太古以来的惯习方能取代明确的特权赋予证明。因此，即使在法人概念形成之后，直到近代都还严整地存在着这样的理论，亦即：当团体借着法律行为而逾越其被明确赋予的特权范围时，换言之，凡是行为越权（ultra vires）的团体，都要被课以特权侵害的责任，并且受到特权剥夺的处分，像都铎王朝和斯图亚特王朝就曾大举进行过这样的处分。

结果，所有的法人建构——无论是公共的或是私法上的，只不过，英国法原先并不知道有此种分别——全都得依此轨道而行，亦即：要经过特别认可且负有被认可的义务、服属于统制与监督之下、成为正式专门以公共利益为目标的目的团体；所有的法人全都被建构成政治的或被赋予政治权威的目标机构。从历史上看，此种法律状态归根究底来说，毕竟是诺曼人行政上的赋役制性格的产物。国王借着建立带有集体义务的强制团体来确保司法与行政所必需的给付，这样的团体原则上类似于中国、希腊化时代、后期罗马、俄国和其他法律体系所见的强制团体。地方团体（communaltie）仅只作为有利于国王行政的赋役制义务团体而存在，并且唯有在王权的授予或容许之下才拥有权利。否则，所有这类的共同体在法律上，即使

在步入近代之后，仍只是个 bodies non corporate（不具人格的组织）。

因此，团体制度的国家化在英国本土的法律史刚开始发展时，由于严厉的中央行政而达于顶点，而后才逐渐走下坡路。然而，在欧陆的法律史方面，近代的官僚制君主国家打破了法人在传统上向来的自主性，地方团体、行会、公会、马克体、教会及任何可以想见的结社种类全都服属于国家的监督之下，由国家来加以认可、规整与统制，并剥夺所有未经认可的权利，以此，俗世法学者们（Legisten）[171]的理论方有可能支配整个法律实务：所有的团体建构唯有在君主的首肯之下方能拥有独立的整体权利和法人格。

其次，法国大革命在受其持久不断影响下的地区里，不只破坏了所有的法人的形成，而且也摧毁了一切种类——除了那些被明确认可其极端有限目的的团体之外——的社团的成立及社团的自律性。其原因主要在于所有激进的民主制里典型的政治理由，及来自自然法理论的各种观念，最后，部分则是出自经济制约下的市民的动机——不过就其一无反顾的情形看来，同样是深受理论的影响。法国民法法典完全避开法人的概念不谈，为的是借此排除此一概念。后来，由于资本主义的经济需求以及非资本家阶层方面的市场经济需求、政党的政治煽动需求、以及文化需求之逐渐实事求是的分化和个人之间的文化关怀渐次因人而异的分化，此一发展遂再度反向修正。

英国的法人法并未经历过这样一种与过去的严重决裂。英国的法学理论自 16 世纪以来，首先是为了城市而发展出机构与机构行

[171] 此处是指与教会法学者（Kanonist）有别的中世纪罗马法学者，一般而言，他们是亲国王的、反封建与反身份制的，性格上强烈倾向中央集权。关于他们的理论，参见 Otto v. Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 4, S. 143 ff., 200 ff。

为的概念——在法律上将之与私领域区分开来;此时,所运用的是body politic(亦即罗马的corpus)的概念。[172] 它将行会带入法人类型的领域,并且同意地方团体——在具备印章的情况下——有可能拥有诉讼上和契约上的独立性,允许被认可的法人在多数决而非全员一致的基础上拥有自己的条例(by-laws,制定权),亦即有限的自律。英国的理论在17世纪时否定了法人的不法行为能力,到了18世纪则在财产法上将法人当作仅仅是各个人的受委托者(trustee)来处理,个人对法人的请求权则依照衡平法(equity)来行使。直到18世纪末,英国法律方才(而且相当勉强地)允许转让股票,以使股主免除对于法人债务的责任——不过公司破产的话就例外了。最后,在布莱克史东(Blackstone)借着罗马法的援引[173],才使得法人财产和私人财产真正分离开来。

在此发展中,显现出资本主义需求逐渐升高的影响力。重商主义的都铎王朝与斯图亚特王朝时代的大型公司,在法律上仍为国家机构[174],英格兰银行亦是如此。中世纪时所有法人所开立的文书皆被要求盖上印章以示有效,而法人财产只要有部分是来自土地,股

[172] "人也经由法律而被区分成自然人与非自然人。自然人就是由自然的神所造成的我们这种人,而非自然人则是由人的法律为了社会和统治的目的而创造和设计出来的,我们称之为corporations或bodies politic。"(W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Ⅰ, p. 123)作者布莱克史东爵士并且认为原创此种政治制度的荣耀全应归诸罗马人。

[173] Sir William Blackstone (1723—1780),英国法律家。他在专门教授罗马法的牛津大学里开始英国法的讲授课程。他的不朽名著*Commentaries on the Laws of England* (4 vols., 1765—1769)与布列克顿(Bracton)的名著*De legibus et consuetudinibus Angliae*同为英国法的权威著作(books of authority)。与本文相关部分,参见前注。

[174] Staatsanstalt这个词不达意在韦伯的用语法里,一般是指国家本身,亦即"作为机构的国家",不过,在此显然并非此义,而毋宁是指国家的机构。

票即被视为不动产,法人的目的也被限定在公务或公共的目的上。凡此种种都不是这些营利公司所能实行的,因而在18世纪当中全被取消了。直到19世纪,对商业法人的有限责任才开始被导入,也有了为所有股份公司创立标准规制之举,而共济团体与慈善团体、学术团体、保险公司与储蓄银行,最后,劳动者的工会等,也都有了特殊规范的设定,而以上这些都相当类似于大陆相应的种种立法。不过,绝不能说旧日的形式都被抛弃了。至今,对一连串被认可的社团而言(例如共济团体, friendly society)[175],选任社团的受托者仍旧是进行诉讼行为的前提条件,另一方面,对于尚未法人化的社团而言(例如俱乐部),任何的法律行为都有必要经过全员一致的授权。越权行为(ultra vires - Handlen)的禁止,以及不在法定范型之内的社团必须一一经过认可的原则,至今仍然通行。不过,英国的情形实际上并未偏离德国自民法法典实施(1900年)以来的状况太远。

不只是此处简短的比较性描述,即使是对其他较大法律体系的任何一瞥,都显示出罗马法的个人主义性格相对于日耳曼法的社会性格这种太过浮滥的口号标语,一点也不足以说明法律发展的重大歧异。

德国中世纪的伙伴团体制度之丰富性,乃是极特殊的、尤其主要是纯粹政治的命运所塑造出来的产物,无论过去或现在都是世界上独一无二的现象。俄国与东方(包括印度)的法律都通晓强制团体、特别是村落共同体、同时也包括手工业者强制团体的赋役制集体责任和相应的集体权利;进一步,它们(并非全部,但多半)也都认知家族共同体的连带责任以及(例如俄国的Artjel那种)[176]借着兄弟

[175] 目的在于对团体成员的疾病或衰老进行救济,或在团体成员死亡后对其遗孀与子女进行救济的团体。

[176] Artjel是意指伙伴或结社的俄文,亦即为了共同的经济活动,尤其是短期或季节性的作业(例如森林的采伐),人们自发集结而成的劳动共同体。

契约而做出与家族类似的劳动共同体的连带责任。不过，这些法律从不认得西方中世纪所见的那种充分分化的伙伴团体法，遑论在罗马法与中世纪法律共同影响下所产生的合理的法人概念。回教的基金法，如我们所见的，乃是以东方古代、特别是埃及、尤其是拜占庭的法律发展为蓝本，亦丝毫未包含法人理论的胚芽。

最后，中国的法律以一种典型的方式显示出两方面的交互作用，一方是家族与氏族在作为个人社会地位的保障者的意义下绵延不断，另一方则是家产制的君主支配。独立于皇帝个人之外的国家概念并不存在，同时也没有私法人法和结社法，更不用说是基于政治理由的治安禁令下一概被禁止的团体——除了家族的、国库的，或特别被认可的团体之外的所有团体，全都不许存在。地方团体在官方法律上只是作为负担租税与徭役的家族责任团体而存在。实际上，这些团体在氏族团体的基础上总是对其成员发挥出所能想见的最为强烈的威权，并且为了经济而建立起各式各样的共同制度，对外则显示出一种团结，对此，皇权支配的机构亦不得不视其为最强大的地方势力而有所顾忌。此一事实，如同其他地方一样，并未在官方法律的法概念中表现出来，当然也阻碍了其于法律概念上的建构。因为，这样一种对外以氏族和地方团体的血仇方式来表现、但从未为官方法律所承认的自律，是无法具备明确划定的内容的。不过，氏族与家族之外的私人团体的状态，尤其是已高度发展的赁贷组织、丧葬互助会和职业团体的状态，部分相当于罗马帝政时期的状态，部分则相应于 19 世纪的俄国法。尽管如此，古典古代意味下的法人格概念依然付之阙如，而赋役制的机能如今也基本上不复存在——即使曾经存在，也无法真正确定。然而，资本主义式的财产共同体，如同南欧在中世纪时那样，确实已经从形式上受家共同体所束缚的状态里解放出来。不过尽管实际上利用了这样的制度（例如固定的商号），但并未——如南欧于 13 世纪时即有的进展那

样——发展到法律形式的地步。在中国,共同责任——相对应于债权法的状态——也是和氏族的违法行为责任相联结,后者至今仍然零落地残存着。不过,仍然纯粹是人的责任(Personalhaftung)的契约责任并未采取连带的方式,而是要其他的组织成员负起交出那潜逃成员的责任,在其他方面,成员们不过是在实质上依各人的持分而摊负个人的责任。唯有财政法采行家族的连带责任及对家族财产的处分,而私人的结合体关系的整体财产在法律上并不存在,正如其并未存在于罗马古代。不过近代的商业行号,如同古典时代的国家事业承包者组织,在法律上被认为是由负有个人责任的主事者所带领的结社与合资关系体。在中国,如同(西方)古代和东方,私人的团体法和财产共同关系法之所以处于如此原始的状态,原因在于氏族的重要地位延续不绝,自律性的法人由于政治的家产制而受到阻碍,以及独立的资本完全投注在国库的利得机会和商业上。

西方在中世纪经历了不同的发展,理由首要在于:其家产制为身份制而非家父长制性格,而且,如我们后面所要谈到的,基本上是由政治、特别是军事和国家经济的因素所决定。此外,再加上司法集会人团体的形式(dinggenossenschaftliche Form)之发展与维持——关于其历史地位马上就会谈到。举凡此种形式并不存在之处,例如婆罗门据有强势地位之后的印度,[177]尽管社团与伙伴团体的诸多形式事实上仍多彩多姿,却未能结晶出相对丰富的法律发展。印度之长期缺乏理性且强大的中央权力——尽管时而出现,但总是一再瓦解——确实产生出法律所明白承认的商人团体、职业团体和农村团体的自律性。然而,像德国那样的法律建构却未自其中产生出来。集会人伙伴团体形式下的司法,实际结果是对支配者,无论是政治支配者或庄园领主,产生一种强制,令其不得由自己或通过官员来

[177] 参见《印度的宗教——印度教与佛教(Ⅰ)》,页58—60。

作出判决和出示睿智(Weistümer),而是要通过出自法律伙伴圈子的裁决者,或至少是在他们的决定性协力下,才能决定与发现,否则的话,判决与睿智不会被视为真正具有客观约束力的法律宣示。因此,各个法律圈子的利害关系者无不随时共同致力于确认种种法律上的权利与义务,诸如庄园领民、隶属民和服役侍从等由于其经济与人身隶属关系而产生的权利与义务,以及关于封臣与城市市民由于契约与政治的从属关系而产生的权利与义务。

此种状态起初源自公家的裁决共同体之具有防卫团体的性格,后来,随着中央权力的崩溃,而为篡夺了或被授予裁决权的所有团体所取得。很明显的,这乃是自律性的法律创制、法人组织与伙伴团体组织之无与伦比的强大保障。此种保障的形成,以及各个法律利害关系者圈子在建构其法律时事实上的自律性的取得——也因为此种自律的取得,西方的伙伴团体法与法人法,以及资本主义独特的团体组织形式,始有发展的可能——基本上是取决于政治与行政技术的考量。换言之,支配者总是为军事忙得不可开交,而且多半没有一个如臂使指的合理的行政装置来统治自己的臣民,所以他不得不仰赖臣民的善意及他们的合作以确保符合自己的要求,也因此不得不尊重他的依附者根据传统或篡夺而来的相对要求。这些从属阶层的权利之定型化与被占有而成为伙伴权,即以此为根源。

由于司法集会人伙伴团体的法律宣示形式而产生的惯习,亦即使现行的团体法在口头的证言下定期得到确认,并进而以之为睿智而登载于文书;[178]以及从属民的习惯,亦即逮着有利机会就要求主子确认此种法律状态为其特权,都提高了团体规范的保障。内在于具

[178] 详见后出本文第三章第五节。以司法集会人团体的方式所发现的法后来被文书记录下来而流传者,最为有名的是出现于13世纪左右的德国农村法的记录,此一记录本身即被称为“睿智”(Weistümer)。

支配结构的政治团体与经济团体内部的这个过程，自然提高了伙伴团体的自律得以保持的机会，即使对非支配性的、自由组成的誓约共同体而言亦然。这样的情形在英国并未发生，因为强大家产制政权下的王室法庭压制了州郡和地方团体旧有的集会人伙伴团体的司法，使得伙伴团体法无从发展，睿智与自律的特权也难以存在，或者屈指可数——即使存在，也不具欧陆现象的性格。

在德国，一旦政治权力与庄园领主权力建立行政机构而让伙伴团体的裁决方式无用武之地，那么伙伴团体的自律和伙伴团体法也就迅速衰微了。此一状况，与受罗马法教育的官僚阶层的登场凑合在一起，自非偶然，然而罗马法本身并未扮演决定性的角色。在英国，日耳曼式的法律技术手段却让伙伴团体法无从产生。此外，凡是不符合单独法人、信托法人或被认可的结合体关系模式的其他团体，全都被视为参与者纯粹的契约关系，团体的规约也只有在其为成员所接受的契约的意义下方为有效。此一观点相当对应于罗马法式的建构。订定法律的团体之政治结构，以及塑造法律的职业担纲者的独特性质——我们后面会谈到[179]——正是关键性的契机。

五　法律共同体里的自由与强制

受法律规制的关系朝向契约社会发展，以及法律本身朝向契约自由发展，尤其是发展成由法律范型来规整的、根据授权而来的自律，通常被认为是束缚的减少与个人主义自由的增大的一种特征。到那种程度，此种见解可说是相对而言形式正确的，从前面的论述中应可以明白。与他人步入契约关系而契约内容又全然是由个人协议而定的可能性，以及，自由利用法律为最广义的结合体关系提

[179] 详见本书第四章。

供逐渐增多的范型的可能性，在近代法律里，至少在财货交易的领域和人的劳动与服务的领域里，比过去扩大得多。不过，这个趋势实际上到底能够在塑造一己生活样式的条件上，将个人的自由提升到什么程度，或者尽管趋势是如此（或部分而言正因为如此），生活样式会越来越赋予被强制地定型化到何种程度，并不是光从法律形式的发展入手就可以判断的问题。因为，尽管被认可的契约范型在形式上是如此的多样化，而且，可以无视所有官方范型而一凭自由意愿来决定契约内容的形式授权也确实存在，但这并不保证此种形式的可能性实际上是对任何人都管用的。实际的财产分配上的不平等性受到法律的保障，对此造成了特别的阻碍。劳动者可以任意和任何企业者缔结任何内容的劳动契约，此种形式的权利对找寻劳动机会者而言，实际上并不表示他在决定劳动条件上具有最起码的自由，也不保证他能对此发挥什么影响力。这毋宁是意味着，至少主要是这样的可能性：市场的较有力者，此时通常是企业者，可以依照自己的判断来决定劳动条件，然后听任劳动寻求者接受或拒绝，并且，当他所提供的劳动对寻求者而言比平常更具经济上的紧迫性，他就更能强要他们接受。因此，契约自由的结果首先是，公开机会让人得以在善于运用市场上所拥有的财货而无碍于法律的限制下，利用这些资源成为取得对他人权势的手段。市场上拥有权势的人就是这样一种法律秩序的利害关系者。最符合其利益的，莫过于“授权法命题”（Ermächtigungsrechtssätzen）的创制——依此法命题而制定出有效协议的范型。就形式上的自由而言，这些范型的确是任何人都可加以利用的，而事实上，唯有有产者才用得上，也因此而成为支持有产者的（而且唯独他们的）自律与权势地位的范型。

在此有必要特别强调此一事态，以免陷入以下这种流传甚广的谬误，亦即：“法创制的分散化”——伏伊克特（Andreas Voigt）相当好

的一个用语[180]——具现于自律的近代形式，换言之，利害关系者透过法律行为而从事法律创制所表现出来的自律，这种方式约莫同义于法律共同体（相较于其他例如“社会主义”规制下的共同体）内部所运用的**强制**程度之减低。借着命令规范与禁止规范而产生的强制作用，随着“契约自由”、特别是将一切都委诸“自由”协议的授权命题之不断上升的重要性而相对地受到挤压，在形式上当然是强制的一种缩减。但是，强制的缩减显然只不过是有利于那些在经济上有能力利用那种授权的人。既有的法律共同体内部里的“自由”的总量实质上会因此而增加到什么程度，是个具体经济秩序，特别是财富分配方式的问题，总之，无法从法律的内容来加以判断。例如，在一个“社会主义的”共同体里，此处所谈论的那种授权命题当然不会扮演那么吃重的角色，同样的，由谁来行使强制、强制的方式，以及强制是针对哪些人，全都不同于私经济秩序里的情形。在私经济秩序里，强制多半是由生产手段与盈利手段的拥有者来行使，方式是基于他们受法律所保障的财产，在市场斗争里展现其实力。此种强制，正由于舍弃所有**权威的**形式不用，而使得“强制尽管强制，意志毕竟是意志”（coactus voluit）这样的命题受到彻底的重视。[181]由于财产受到法律保障因而在经济上握有权势者所提出的条件是否会受到服从，全都听凭劳动市场的利害关系者的“自由”抉择。在社会主义的共同体里，规制经济活动的统制机构——不管这是个被看成什么样的机构——所下的直接命令和禁令，形式上强而有力得多。如

[180] Andreas Voigt, *Wirtschaft und Recht* (*Zeitschr. f. Sozialwiss.* NF. Ⅱ. Jg., 1911); “Technischeöknomik” (in *wirtschaft und Recht der Gegenwart*, hrsg v. Leop. V. Wiese, Bd., 1, 1912, Abschn. XVII).

[181] 英译者指出，这个套语是用来描述一个人在强制力影响下从事法律行为所处的状态，与之相对照的状态是一个人单只被用来当作是另一个人的肉体工具，例如后者捉住前者的手强迫移动而做完签名的肉体动作。

有反抗，那么令其遵从的办法，并不是靠市场斗争，而是任何一种"强制"都行。不过，结果到底是哪一种体系的强制成分多些、而哪一边实际的个人自由又多些，实在不是光凭分析这一边或那一边真正有效或可以想见的形式法律就可以判断出来的问题。社会学上现今所能掌握的不过是不同的强制形态在质方面的特性，以及强制在法律共同体当时的参加者之间的投射分配。

（民主的）社会主义秩序（就现今流行的意识型态而言），不只拒绝基于私有财产而透过市场斗争的方式来行使的强制，同时也拒斥基于纯粹个人的权威要求来行使的直接强制。此种秩序所认可的唯其为基于协议的抽象法律的有效性（至于是否使用法律这个名称则无关紧要）。市场共同体本身在形式上同样亦不认可基于个人权威的直接强制。取而代之的是从共同体内部产生出来的一种强制状态，而且无论对劳动者或企业者、对生产者或消费者，全都一视同仁。此种强制状态以一种遵从市场斗争的纯粹经济"法则"之无可避免性的那种全然非人格性的形式出现，若不遵从，则会被科以（至少相对而言）丧失经济力的惩罚，在某些情况下，则有全盘丧失经济存在的可能性。市场共同体在资本主义组织的基础上亦可使资本主义"经营"里实际存在的个人的、权威性的从属关系转变成"劳动市场交易"的对象。不过，权威关系即使被掏空了一切平常的感情内容，强制的权威性格却仍然存在，甚至有时候还更为增强。以特殊

（接上页）关于法律强制与经济活动的关系，韦伯表示："法秩序背后的强制力量，特别是在经济行为的领域里，所能发挥的效果是有限的，这固然是外在环境使然，但也是由于经济行为之特质。如果只是断言：法律对一定的经济行为根本毫无"强制"可言，这就沦为言辞之争了。因为，就法律的强制手段而言，'强制尽管强制，意志毕竟是意志'。"（《经济行动与社会团体》页 240）另有关法强制在经济领域上的实际成效之取决因素与限制，详见同书页 241及以下。

的方式仰赖“纪律”(Disziplin)[182]而存在的组织，亦即资本主义的营利经营，规模愈是庞大，权威性的强制就愈能无所顾忌地(视情况)在组织里运作，而能够将行使此种强制的力量集中在手里且透过法秩序来保障其握有此种力量的人，范围也会因此越来越小。因此，法秩序在形式上无论保证或提供多大的“自由权”与“授权”，或者不管包含多么少的命令规范与禁止规范，总还是能在其实际的效果上，不只促使强制在质与量方面大为强化，同时也使得强制力量的权威性格大为提升。

[182] 韦伯认为：“军事纪律是所有纪律的母体。对于纪律的第二个伟大的教育者，是经济上的大规模经营(Öknomische Grossbetrieb)。……反之，‘军事纪律’乃是近代资本主义的工场经营之理想模范……此处，经营的纪律完全是奠定在理性的基础上，借着利用适当的测定手段之助，无论是物质的生产手段，还是个别的劳动者，都以取得最高收益为出发点被一一计算。……在其中，实现了经营的机械化与纪律化的最终归结。”(《支配社会学(Ⅱ)》，页356—357)

第三章

客观法律的形式性格

一　新的法规范的成立问题、“习惯法”

新的法律规则是如何形成的？现今，通常是透过制定法（Gesetz），亦即人为的法律制定，程序是将某个团体的宪法（无论其为习惯的或为被强制的）当作是为了法律制定的正当形式。很明显的，这绝非原始的情况。即使在经济和社会有了长足分化的状态下，这也不是通常的情况。英国的普通法（Common Law）就正好对立于通过制定而成立的法律——“制定法”（Statute Law）。在德国，我们通常将不是被制定出来的法律称为“习惯法”（Gewohnheitsrecht）。比较而言这是相当新的概念，在罗马法里也是直到后期才出现，而在德国则是普通法学（gemeinrechtliche Jurisprudenz）的产物。何况，普

通法学惯常将习惯法的实效性与以下的前提条件联系在一起:(1)事实上共通的惯行,(2)关于适法性的共同确信,(3)合理性,而这些条件全都是理论思维的产物。[1] 现今一般对习惯法所下的定义也无非是法学上的建构。为了法学建构的目的,像齐特曼(Zitelmann)[2]或基尔克[3]所赋予的那种洗练的形式的习惯法概念,终究是不可少的,否则岂非所有的非制定法就只不过是具有拘束力的判例罢了。就法学领域而言,法社会学家(例如兰伯特[Lambert][4]、埃尔利希[Ehrlich][5])对习惯法概念的激烈攻击,在我看来不仅是无的放矢,而且也表明了法学考察方式与社会学考察方式的互相混淆。

不过,若就我们此处的问题而言,亦即关于"习惯法"的妥当条件的传统法学建构,对于未经制定而创造出来的法律之具有经验性"妥当"的**事实上的**成立过程,就究竟正确反映到多大程度的问题而言,情形完全是两回事。事实上,可说是微乎其微。若要说明法律在过去时代——特别是"立法"(Gesetzgebung)根本或几乎根本不存在的时代——的实际发展,这些法学概念一点儿也派不上用场,并且也不符历史事实。确实,罗马晚期和中世纪的人们——不管欧陆或英国——曾经记述过关于作为法源的"consuetudo"(习惯法)的意义与前提条件,[6]而这或可视为这些概念的出处。只不过,对于当时的人来说,他们所要处理的通常是这样一个典型的问题:要在一个

---

① 将普通法学的习惯法理论定型为古典形态者,参见 G. Fr. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, 2 Bde., 1828/37。

② E. Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrtum*, 1883.

③ O. v. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 159.

④ E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, 1903, p. 172, 216.

⑤ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, S. 352 ff.

⑥ 关于中世纪法理论里的 consuetudo, 参见 S. Brie, *Die Lehre von Gewohnheitsrecht, eine historisch-dogmatische Untersuchung*, § 12 f.。

要求具有普遍适用性的、理性的法律，和既已存在的、地方性的（民族的）法律之间做调整。罗马帝国后期所要处理的是帝国法与诸省民族法之对立的问题，[7]英国所要处理的是普通法的全国法（lex terrae）与地方法的对立，[8]而欧陆则是要处理承袭而来的罗马法与各民族法间的关系。唯有这些抵制普遍法的地方特别法才会被法律家纳入上述那种（习惯法的）定义中，并使其妥当性与前述的诸前提相结合，而且恐怕非得如此才行——既然普遍法是唯一正当的法律。

相反的，例如英国的普通法（Common Law）——当然绝非"制定法"，谁都不会想到要以通常的"习惯法"（Gewohnheitsrecht）的定义来加以界定。同样的，回教的"伊吉玛"（idschmâ）被定义为"万人的默然同意"（tacitus consensus omnium）[9]，便与"习惯法"毫不相干，因为其要旨在于成为"神圣的"法。

二　法发展的实际成因、利害关系者的行为与法强制

纯就理论而言，法规范观念的起源，正如我们先前所说的[10]，可以最单纯地这么认为：(1)最初是习性上纯粹事实的习惯，经由心理对此习惯的"拟向"，而让人感到是具"拘束性的"；(2)由于得知此一

⑦　关于这个问题，参见 L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches*, 1891。

⑧　可参见 Pollock and Maitland, *The History of English Law*, vol. 1, p. 107, 184, 186, 220, 222。

⑨　关于回教的"idschmâ"，参见本书第五章第五节《回教法》。

⑩　参见《经济行动与社会团体》第 2 篇第 1 章，页 217 以下及页 238 以下；《支配社会学（Ⅰ）》，页 75 以下及页 82 以下；*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl., S. 378。

习惯已广布于众人之中继而形成一种“共识”(Einverständnis)[11],令人在有意无意之中越来越赋予“期待”他人也做出意义上相对应的行为;(3)以此,共识行为遂被赋予法规范的特征,亦即获得强制机构的保障,而不再只是“习律”而已。不过,即使只是纯就理论而言,还是有这样的问题存在:在这样一种诸多被圣化的“习惯”的死板集合里,要怎样才能动得起来?而正因为这些习惯是具有“拘束性的”,这样的集合似乎怎么也没办法从内部产生出新的东西?

法律家的历史学派(历史法学派)倾向于采取“民族精神”演进假设,即假定有种超个人的、统一的有机体作为此种演进的担纲者。[12] 例

---

⑪ “关于‘共识’,我们所理解的是这样的事态:对他人的行为态度抱持着期待而基于此种期待产生某种行为,此一行为基于下述理由而具有让此种期待被实现的、经验上‘妥当的’机会。此一理由是,上述那个他人将上述那种期待——即使在并无合意的情况下——当作是对自己的行为态度而言意义上为‘妥当的’并在实际上加以应对处理,此种或然性是客观存在的。至于他人的这种行为态度到底是基于什么动机而可以被期待,在概念上并不讲究。倘若共同体行为的进行方式是——而且只要是——以这样的‘共识’机会为其取向,那么此种共同体行为的整体即称为‘共识行为’(Einverständnishandeln)。”(M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, S. 456)

⑫ 关于历史法学派,韦伯有如下陈述:“萨维尼(Savigny)及其学派在对启蒙时期的立法[万能的]理性主义进行挑战时所关心的是,要证明在一个民族共同体当中成立且为妥当的法律具有某种性格,此种性格原则上是非理性的,而且无法从一般的准则演绎出来。他们强调法律与民族的其他所有面相之不可分的关联性,为了让人理解任何真正的民族法律都具有必然是个殊性的性格,他们将**必然**是非理性一个殊性的“民族精神”(Volksgeist)实体化为各民族的法律、语言及其他文化财产的创造者。此时,这个“民族精神”的概念并不是被当作暂时性的概念容器,也不是被当作一种补助概念——用以暂时陈示那些尚未经逻辑加工的许多具体的个别现象——而是被当作具有形而上性格的一种统一的、实在的实体;这个概念并不被视为无数的文化作用的**合成力**(Resultante),反之,它是被视为民族的所有个别文化表现所据以**流出**的**实在根本**(Realgrund)。”(M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, S. 9 f.)

如卡尔·克尼斯(Karl Knies)也倾向于这样的见解。[13] 不过,此种见解在学术上丝毫派不上用场。当然,对行为而言经验上有效的规则,包括法规则,无论什么时代、以至于现代,都是"无意识中"形成的,亦即不会让参与者感受到是新创造出来的东西。其中以不知不觉中产生意义转换的方式来形成规则一事为最。换言之,就是通过下面这种信仰的媒介来进行:即使确有新的事实产生,对法律而言,实际上未包含新的事物。另一种方式则是:事实上确是新的法律,被适用于旧有的或新的事实,并且人们相信这个法律本来就是这么的妥当,而且总是如此适用的。

虽然如此,一直以来总还有为数不少的情况存在,亦即包括事实与事实所适用的法律,被评估为"新的"事物——尽管意义上与程度上各有不同。这些新的东西从何而来?人们可能这么回答:新的东西是借着外在生存条件的改变而形成的,而此种改变使得迄今经验有效的共识发生变化。不过,光是外在生存条件的变化,对于共识的改变,既非充分条件,亦非必要条件。具决定性的毋宁总是新的**行为**,由新的行为促成妥当法律的意义转换或导致新法的创造。这种造成法律变革的行为,是由许多种类的人群一起参与的。首先是某个具体的共同体行动中的各个利害关系者。这些个别的利害关系者,有的是为了在"**新的**"外在条件下保有自己的利益,同样的,

[13] K. Knies, *Die politische Oekonomie vom Standpunkt der geschichtlichen Methode*, 1853。韦伯对于克尼斯的见解有许多的批评,例如:"(克尼斯认为)'一个民族的历史实存(Dasein)包括了——就像从一个**统一的核心**发出的——许许多多的生活领域'。这样的'统一',不只是在法律上,而是应该被理解为在共通的历史命运、传统与诸文化财的制约下,所有的生活领域由历史蕴生出来的相互影响关系,然而,对克尼斯而言,这个'统一'毋宁是首先存在的,民族文化便是从那儿流出的。"(M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, S. 141 f.)

有的是为了在既有条件下取得比先前更多一层的利益，因而改变了本身的行为，特别是本身的共同体行动。以此，新的共识于焉成立，甚至形成带有新的意义内涵的、理性的结合体关系，并且更因此而使得新的、纯属事实的习惯得以形成。

然而，情况也可能是完全没有这样一种新的行为取向产生，只是由于外在生存条件的改变，而使得共同体行动的整体状况产生变化。在许多既已存在的行为举止的种类中，可能有一种是在已改变的条件下对该当利害关系者的经济或社会机会而言最为有利的共同体行动，在牺牲掉其他同样“适合于”前此条件的某些种类而在单纯的“淘汰”中脱颖而出，最终成为全体共通的资材，因而无由分说——就理论上边际的情况而言——是哪一个个人改变了他的行为。顽强固守着自己的习俗的诸种族集团或宗教集团相互间的淘汰过程里，至少近似地呈现出这种现象。

不过，整体而言，个人借着“发明”而创造出共同体行动与结合体关系的新内容，然后再经由模仿和淘汰来加以扩散的情形也不少。最后这种情形，在所有生活样式或多或少被理性化的阶段里，特别是作为经济的新取向的泉源，具有最突出的意义，而且并非直到近代才如此。

不过，这些协议起初毋宁是毫不在意本身是否有机会受到法强制、至少是政治性的法强制保障。利害关系者往往认为政治性的法强制是不必要的，或者原本就是自明之理；更常见的是，各个参与者相应于不同情况而认为自身的利害关系，或其他参与者的诚信，或两者兼之，以及来自习律的压力，已是十足的保障。事实上，在尚未有任何强制机器存在以前，甚至在根据氏族的复仇义务而被规制的保障成立以前，规范的“法的”保障无疑是以此种方式来取代，亦即：按照一般习律被认为是“对的”的那一方有机会找到援助者以对抗侵害者。倘若利害关系者尚有特殊保障的期望，最被广为使用的就

是巫术性的自我诅咒,亦即发誓,即使是在社会极为分化发展的情况下,任何其他的保障或业已成立的法强制保障都不足以与其相比拟。大多数时代里,绝大部分基于共识的秩序,包括经济秩序,都是以此方式来运作,而未曾考虑到**国家的**法强制的可能性,甚至明显的连一般的强制可能性都未加考虑。像南斯拉夫的"萨杜鲁加"(Zadruga,家共同体)⑭——经常被用来举证法强制并非不可或缺的——这种制度,其实所缺少的不过是国家的法律保护,反之,此一制度在普遍流行的时代里,毫无疑问是处于村落权威极为有效的强制保护之下。共识行为的这种种形式,一旦惯为人们所袭用,即可能续存数百年之久而完全未加以考虑国家的法强制。萨杜鲁加对于奥地利法庭所通用的法律而言不仅全然陌生,而且还与其中的某些规范直接抵触,尽管如此,却仍然支配着农民阶层的实际行为。不过,凡此种种事例绝不可被认为是一般正常的情况,甚至加以通则化。

首先,倘若有数个法律体系并存,而且彼此皆为同等位格,同时对其各自的归依者而言皆具宗教的正当性,在任人自由选择的情况下,各法律体系于竞争斗争中得以胜出的机会乃取决于:其中的一个体系不仅得到宗教拘束力的奥援,而且能够自由运用国家的法强制——即使国家与经济生活皆严格受制于传统主义的情形下亦然。譬如回教的四个正统法学派,⑮在官方均享同等地位,并且各学派间皆通行法的属人主义原则——就像法兰克王国里的部族法所采的

⑭ 塞尔维亚、克罗地亚(Kroatia)等地的南斯拉夫人之经济单位,并非村落共同体,而是大家族(zadruga),其出现的年代至今仍无法确定。它是一种扩大的家庭,在家长的指挥之下,包含直至曾孙的亲人,连已婚者亦一起同居。整个家族的人数有40人至80人。经济生活以共产制为基础。参见《经济行动与社会团体》,页212。

⑮ 详见本书第五章第五节关于回教法的部分。

属人主义[16]。又如开罗大学里,四大学派亦各有其代表。然而,在土耳其苏丹个人所归依的法学派——哈乃斐学派(Hanafitentum)——于世俗的官厅和法庭里享有强制保护的情况下,先前也同样被赋予特权而如今却未享有此种保障的马立克学派(Mâlikitentum),更不用说其他的两个法学派,皆缓缓走上死灭的命运——尽管并没有其他足以妨碍它们生存的事情发生。

再者,利害关系者对于政治性的法强制并不在乎的态度,对原本的"商业"生活,亦即对财货市场上的契约而言,一点也不重要。在此领域里,结合体关系的新形态通常毋宁是在下述情况下形成的,亦即:通过作为政治权力机关的法庭来将法强制加以实现的机会,都被予以相当精密的计算,并且所要缔结的"目的契约"也都令之与此种估算相配合,特别是连同新契约范型的发明也都考虑到此种机会的实现程度。以此,现行法的意义转换确实会借着法利害关系者的活动——或者一般毋宁是借着其职业上的顾问的活动——展现出来,不过,同时也会被有意识且理性地使其与关于法发现(法律判决)的预想相配合。真正"职业的"、依理性而行的"法律家"的活动当中最古老的一种,正是此种活动(罗马的"cavere")。[17] 在市场经济持续发展的条件下,强制机器的机能之可计算性,对"预防法学者"(Kautelarjurist)[18]的发明

---

⑯ 参见本书第二章第四节注90。

⑰ 罗马法律家的活动,传统上分为三种:respondere, cavere, agere。respondere是指为法律问题提供意见与解答,同时公开讲解、担负起法学教育的任务。cavere是指为当事者作成必要的行为方式以取得他们所欲的法律效果。agere则是帮助当事者选择其提起诉讼的方式。

⑱ "预防法学"(Kautelarjurisprudenz)是因应前注之cavere的活动而作成的用语。其所讲究的并非法律问题的事后解决,而是预先于各种纷争发生之前加以防范,甚至于纷争产生之后也要将风险降到最小程度的立场,我们将此种处理法律问题的实用法学称为"预防法学"。预防法学成立的必要条件是计算的可能性,特别是"强制机器的机能之可计算性"的存在。

能力而言,不啻是技术上的前提条件,同时也是其原动力之一。我们发现预防法学者无论何处皆为新法律之——透过个人的创发而——成立的一个独立的要素,然其最为蓬勃发展且身影最为明晰可见之处,即罗马法与英国法。

另一方面,法强制的可能性本身,当然会因为一定类型的共识和理性的协议之普遍散布的事实,而受到最强烈的影响。因为在正常的情况下,光是单一回合的现象通常不会得到强制机器所给予的保障。反之,广泛存在的惯行与共识并不会长期为强制机器所忽略,除非绝对必须考虑到某些形式的理由或者有权威性权力的介入。或者,当不同种族或不同政治体系的支配者利用强制机器来压迫被支配者,或者由于职业的、切事的专门化而使得强制机器偏离了私人的交易生活,终于让法强制的机关与被支配者及与交易生活形成对立的局面。此种现象尤其常见于社会分化广泛进行的条件之下。

协议所意指的含义可能是有所争议的,也可能尚未普遍为人所接受而处于变化中的不安定状态。在此情况下,“法官”——就法强制机器的重点机能观之,我们在此欲称之为法官——不啻是(新法之成立的)第二个独立的担纲者。不过,即使撇开此种情形不谈,法官的作为绝不只是在实际已基于共识或业经协议而妥当的秩序上加盖印章予以确认而已。他对当下个案所作的决定总是会产生出超越个案范围的归结,而这往往强烈影响到何者会被筛选为法律的抉择。我们很快就会看到,“法官的”决定的根源起初并不是由一般的规范——“裁决规范”(Entscheidungsnormen),亦即可以径直“适用”于具体个案的规范——所构成,除非决定本身关系到某些形式的先决问题。其实,事情反倒是这样的:当法官出于相当具体的理由而将强制保障介入某个具体个案中,那么他至少在某些情况下即创造出——作为“客观法律”的——一般规范的经验妥当性。因为,他的准则端在于获得超出此一个案的意义。

三 原始的纷争解决之非理性性格

以上的现象绝非原始的或一般的状况。在原始的、借由法之启示(Rechtsoffenbarung)这种巫术手段而达成的决定里,此种现象完全不得而见。一切尚未于形式上按法律途径加以理性化的法发现里,即使本身已超越了神判的阶段,个案的非理性仍然极为显著。在其中,一般性的"法规范"既不适用于个案,具体决定的准则——假设有此准则存在且为人所意识到——也不成其为一旦被"确认"、将来也循此作"判定"的标准规范。在《可兰经》的章节里,穆罕默德即一再先前毁弃既有的指令,而不顾这些指令的神圣起源;即使是耶和华也"后悔"自己先前所作的决定,尽管其中有些是法律的决定。耶和华的一则神谕,指示女儿亦具有继承权(《民数记》,27),但在利害关系者的抗议下,这则神谕做了修正(《民数记》,36)。[19] 所以,在此即使是关于一般规则的睿智(Weistum)也缺乏安定性[20]。更何况,举凡个案是以占签(犹太人的 Ûrîm 和 Tummîm)[21]、决斗或其他任何诉

---

[19] 在原来的规定下,女儿继承父业后若与别族的人结婚,那么其所继承的产业亦随之移转到别的部族。后来,在相关族人的抗议下,"摩西照耶和华的话,吩咐以色列人说,约瑟支派的人说的有理。论到西罗非哈的众女儿,耶和华这样吩咐说,她们可以随意嫁人,只是要嫁同宗支派的人。这样以色列人的产业就不从这支派归到那支派。因为以色列人要各守各祖宗支派的产业"(《民数记》,36:5—7)。

[20] Weistum 是指司法集会人团体之法发现的"程序",或者根据此种程序而"被发现的法";不过,此处所指与此种程序无关,而只意味着"被宣示的法"。

[21] "乌陵和土明"(Ûrîm 和 Tummîm)是圣经上所见的巫术性工具,例如"将乌陵和土明放在决断的胸牌里。……在耶和华面前常将以色列人的决断牌带在胸前"(《出埃及记》,28:30);"他(约书亚)要站在祭司以利亚撒面前,以利亚撒要凭乌陵的判断,在耶和华面前为他求问"(《民数记》,27:21);"(摩西)

诸神判或具体的神谕来下决定之处，我们自然无从自其中找到任何下决定的“规则取向”——无论是就规则的适用或就规则的创造而言。

不过，俗人法官的判决也历经了步履坎坷的发展，直到后来才达成这样的观念：判决意味着超越个案的一种“规范”——一如伏拉底米尔斯基·布达诺夫（Vladimirski-Budanov）的研究所显示的[22]。因为，决定越是属于“俗人”的事，就越少循纯粹客观的途径而行，反之，就越是“视来者何人”及事情的整个具体状况而定。然而，只要决定成为商讨的对象，或为了作决定而寻求合理性的理由、甚至以合理性的理由为其前提，换言之，原始的、纯粹非理性的神谕性格一旦减弱，那么规范之形成在某种程度上的安定化与定型化便全然无可避免地显现出来。当然，如我们后面会谈到的，一开始，昔日的证据法（Beweisrecht）的巫术性格，亦即有必要将问题的提出加以“正确”定式化的要求，也会在一定的限度内继续起作用。

不过，另一方面，尚有一个事属本然的面相存在。对一个希望能避免自己有偏颇之嫌的法官而言，很难于、而且往往几乎不可能在后来的个案里弃置不用他在先前类似的个案里下决定且有意识

（接上页）论利未说，耶和华阿，你的土明和乌陵都在你的虔诚人那里”（《申命记》，23：8）；“扫罗看见非利士的军旅就惧怕，心中发颤。扫罗求问耶和华，耶和华却不借梦或乌陵或先知回答他。扫罗吩咐臣仆说，当为我找一个交鬼的妇人，我好去问她”（《撒线耳记上》，28：5—7）；“这三家的人在族谱之中寻查自己的谱系，却寻不着，因此算为不洁，不准供祭司的职任。省长对他们说，不可吃至圣的物，直到有用乌陵和土明决疑的祭司兴起来”（《以斯拉记》，2：62—63）。

乌陵与土明的使用见于早期，大卫以后的历史文书便未再提及，其性质与使用方法虽无法明确得知，但应该可以想像成求问神意时所利用的一种求签占卜的道具。

[22] Vladimirski－Budanov（1838—1916），俄国法制史家，参见其著作：*Russian Legal History*（*Obzor istorii russkago prava*，1907），p. 59，88。

地以之为其准则的规范，并且摒弃在此个案上附加先前即已运用的强制保障。对继他之后的法官而言，事情也是同样的。而且，当"传统"越是一致无二地支配着生活时，情形就越是如此。因为，正是在这样的情况下，任何决定——不论它是怎么形成的——自然就像是从唯一正确因而永远正确的传统里展露出来的，就像是传统的一部分或传统的表现。以此，法官所下的决定便成为一种具有或者至少可以宣称具有永久妥当力的规则。在此意义下，人们加以"适用"的单只是既已妥当的规范，这样一种主观的**信念**，其原始面貌事实上是在先知时代产生出来的所有法发现里都可以看到的，所以绝非"近代的事物"。

以此，法规范的形成有两个首要的来源。一是某些共识、尤其是某些目的理性的协议之趋向定型化：目的理性的协议因个人的行为——个人借助于训练有素的"律师"而相互划定各自的利害关系领域——而越来越赋予被有意识地创造出来；二是"法官"的"判例"。事实上，英国的普通法大部分就是这样形成的。在富有法律经验、训练有素、且越来越赋予"职业性地"献身于此一目的的专家以律师和法官的身份广泛地协力参与下，为循此途径而成立的法律盖上了"法曹法"（Juristenrecht）的印记。

以此，无可否认的是，在法律建构时，纯粹感情性的因素，亦即所谓的"公道感"（Billigkeitsgefühl），也扮演了一定的角色。不过，经验显示，除非内在或外在的利害状况的实用主义（pragma）明确指点出轨道来，否则"法感"（Rechtsgefühl）的机能是非常不稳定的。正如现今也不难看到的，法感的变动相当厉害，而且普遍具备法感的准则只不过是少数相当一般性且内容空洞的准则；就我们所知，即使是"民族的"法律发展的特殊性，也无法以"感情性"来源的机能有所

不同来加以说明。[23]“感情”毋宁是极为情绪性的，相当不宜于支撑安定自持的规范，反倒是非理性的法发现的诸多来源之一。唯有在此基础上，我们方能提问：“民众的”想法，亦即广布于法律利害关系者当中的想法，到底在何种程度上能够彻底对抗“法曹法”——不断从事于契约发明与法发现的法律实务家（“律师”与“法官”）的“法曹法”。不过，我们将会看到，这个问题会随着法发现是以何种方式形成而有不同的答案。

四 卡理斯玛的法创制与法发现

新的法律规则之形成无疑是受到以下诸要素的影响与（多半情况下）共同作用，亦即：(1) 法律利害关系者的共同体行动——起初毫不在乎法强制的实现机会——有了新的取向，从而使法发现面临新的状况；(2) 当事者的职业顾问（律师）所进行的活动（法的发明）乃是以法发现和强制机器的运作机会为其取向；(3) 法发现（法官）的决定（判例）具有结论性。

除此之外，（从上而下的）有用意的指令，也是新的法律规则之形成的一个因素。当然，最初是以一种相当不同于我们今天所惯见的方式。因为，原先无论何处皆未曾有过这样的观念：具有“法律”性格的行为规则，亦即受到法强制所保障的规则，可以刻意地创造出来成为**规范**。正如前面所见的，法律裁决里，原先毫无“规范”的概念，也全然不是我们如今视为理所当然的那样一种明确“规则”的“适用”。举凡对行为而言为“妥当的”、对排解纷争而言为**具有拘束**

[23] 这是韦伯针对“历史法学派”的理论所提出来的反论，该派认为一切法律皆为各个民族的“民族精神”之投射。法感的民族特殊性理论为民族—社会学者所采纳，并以之为其法律理论的基础之一。

力的这样一种规范的观念浮现之处，人们最初还是不把规范当作是人为制作的产物，甚或只是人为制作的可能对象。规范的“正当”存在，一方面毋宁是奠基于一定的惯行的绝对神圣性，若违反这些惯行便会招来邪恶的诅咒，引起诸灵的不安，或神祇的忿怒。它们被视为“传统”，因此至少在理论上是不可变更的。它们必须被认识，并且相应于惯行而被正确地加以解释，不过，绝非人所能创造出来的。对规范加以解释的工作，落在那些认识它们最年深月久的人身上，亦即生理上“最年长的人”，或氏族长老，或（而且往往特别是）巫师与祭司，因为唯有他们，由于其关于巫术力量的专门知识，知道且必然知道一定的规则——与超自然力量交往的技术规则。

虽然如此，另一方面，规范亦可作为**被指令的**新规则而刻意地形成。不过，发生这种事情的唯一可能途径，正是在于新的卡理斯玛的**启示**。此种启示的形式有二：其一（较古老的一种），单只是个别决定的启示，裁决某一具体个案里什么是对的；其二，同时也是一般性规范的启示，可以昭示于将来所有类似的案例。对于传统的安定性，此种形式的法启示乃是原始的革命性因素，并且是一切的法律“订定”之母。具有卡理斯玛资质的人可以——真正或至少表面上——完全不经意地借着具体的机缘，尤其是在外在条件全然没有变化的情况下，揭示新的规范。而且事实上往往如此。然而，通常所见的情形毋宁是：当经济的或其他的生活条件发生变化时，人们便会借着各种可能的巫术手段，人为地造出新的规范来应付迄今**尚未**加以规整的问题。运用此种原始形式而让旧秩序得以适应新情势的担纲者，一般说来都是巫师或领受神谕的祭司或先知。当然，从古老传统的解释到新秩序的启示，过程总是变动不定的。不过，一旦长老或祭司的智慧不管用时，也只有一条路好走。这条启示之道，在裁判上，亦即当事实有所争议而为了此一**事实**的确定而言，亦是不可或缺的。

接下来，我们感兴趣的是，法的发明、法发现与法创制的这些方法，结果会为法律带来什么样的形式性质。巫术之渗入所有的纷争解决与所有的新规范的创造，结果是所有原始的法律程序皆典型带有严格的**形式**性格。因为唯有当问题是以形式正确的方式提出，巫术手段才能够给予正确的答案。而且，对或错的问题并不能听凭任意选取的巫术手段来解决，而是不同种类的法律问题各有其独特的手段。因此，所有原始的、已有明确规则可循的裁判，率皆共通的一个原则是：在当事者表述其（不管基于任何一种诉讼行为）所当宣示的格式性套言时，任何一丁点的失误都足以使得该种法律手段失效，有时甚至使整个诉讼失败。此一原则可见于罗马的法律诉讼（Legisaktionen）[24]，亦见于中古初期的法律。[25] 不过，正如我们先前所见的，诉讼乃是最古老的“法律行为”（因为诉讼乃奠基于一种契约——赎罪契约）。因此，在罗马和中古初期的严格法里以格式性套言呈现出来的私人法律行为里，[26]也见到同样的原则，换言之，这些法律行为要是有一丁点偏离（巫术性）有效的套言即告无效。

㉔ “法律诉讼”（legis actio）是“程序诉讼”成立之前的诉讼形式，参见本书第一章注14。盖尤斯在其《法学提要》四·一一里说明了“法律诉讼”这个名称——提诉的诉权（actio）乃是根据律（lex）所制定的——以及此种诉讼所用的言辞乃是袭用法律本身的用语，一点儿也伸缩不得；为此，盖尤斯举了一个有趣的例子：有个人的葡萄树被他人砍伐了，他用“葡萄树”（vites）一词来提诉，结果败诉了，因为十二铜表法里（八表一一）规定：“不法砍伐他人树木（arbores）者，每棵处以25亚士的罚金”，所以他非得要用arbores来提诉不可，若用vites当然只有败诉一途。

㉕ 参见下文第四章第一节。

㉖ 这里指的应该就是罗马法里相对于“诚信契约”的“严法契约”（参见第二章注119）。中古初期的契约，无论是使用要式文言来宣誓所订立的正式契约（Formalvertrag）、要物契约（Realvertrag）、根据证书（carta）而定的契约或保证契约（wadiatio，第二章注40），全都是形式严格的契约。

不过，更有甚者，在诉讼里作为法律形式主义之先锋的，是拘泥于形式的**证据**法（Beweisrecht）。此种证据法绝不在于规制现今意味里的诉讼上的“证明”，换言之，并不是要人拿出证明手段来证明某一“事实”为“真”或“伪”。重点毋宁在于：当事者的哪一方可以或者必须针对自己是否有理的问题诉诸巫术力量，以及，这可以或者必须出之以何种形式。因此，诉讼的**形式**性格本身正相对应于裁决手段之全然非理性的性格。在此种裁决的方式下所呈现出来的“客观法律”也因此极为易变和富有弹性，除非严密的传统规范皆为一般所承认。具体的决定之完全不具合乎逻辑的理性基础，不只发生在决定是取决于神祇或巫术性证明手段之处，同时也发生在裁决是由具备卡理斯玛资质的智者，或者后来娴熟传统的老者，或氏族长老，或被选举出来的仲裁法官，或受终身选任的宣法者（法律宣示者，Gesetzessprecher）[27]，或由政治支配者任命的法官来加以定夺之处。因为，这样的裁决往往也只能这么宣告说：事情一应如此办理，或者，神祇下令这回或今后在如此情况下应如此办理。

与此并无不同的是英王亨利二世众所周知的大改革——民事诉讼里的陪审制的起源。应当事者的申请而经由国王的“令状”（Writ）所认可的“非法夺取不动产的占有返还之诉”（assisa novae disseisinae）[28]，意味着土地占有诉讼的决定已由旧有的巫术—非理

---

[27] “法律宣示者”出现于10世纪之后的瑞典、挪威、冰岛等地，是由人民选举出来的终身职的官吏（在冰岛，其任期为三年），任务是定期地在裁判集会里向参与集会的人宣示现行的法律（lagsaga）。在瑞典，他们后来扮演了代表农民来对抗国王的角色。不过，作为人民官吏的法律宣示者后来却变质成为国王官吏。

[28] 所谓 assize of novel disseisin 指的是为了对自由保有地（freehold）最近的（novel）占有侵夺（disseisin）有所救济而于1166年根据制定法及行政命令所做出的诉讼方式。最近的占有被侵夺者（甲），在得到国王的令状后，可以寻求

性的证明手段、尤其是宣誓补助(Eideshilfe)[29]与决斗,改由向12名宣誓过的邻人征询土地占有的状况取代。此后,凡有纷争时,当事者也就舍弃服膺令状裁判(assisa)或古老非理性程序的结果而自愿同意接受12名宣誓者的评断(事实上很快就变成被迫),“陪审”之制就此产生[30],以此,陪审可说是取代了神谕,同时也和神谕一样并没

(接上页)12名邻人骑士(陪审)来证言,这些邻人必须回答申明甲是否直到最近都还占有这块问题所在的土地,并且其占有最近才被侵夺,如果回答是肯定的,那么甲就可以被返还土地的占有。根据陪审的证言来作决定的方法,在亨利二世时,除了上述这种之外,还有为了不动产继承的占有返还的assize of mort d'ancestor,以及为了僧职推举权之返还的assize of darrein presentment。这些情况的陪审审判,称为petty assize或possessory zssize。亨利二世另外还承认了基于权利令状(writ of right)的诉讼(本权之诉)可以依照被告的选择而于王室裁判所进行陪审裁判,此时的陪审审判则称为grand assize。

其实assize一词原本是“to sit at”之意,因此原来是用来指称“王室会议”(curia regis),不过后来逐渐变成在那儿被制定的“法律”之意(例如assize of Clarendon)。在这些法律当中,认可“陪审”裁判一事尤其重要,以至于陪审本身、根据陪审的裁判、必须陪审的诉讼方式等,全都被称为assize。后来,为了迅速处理陪审裁判起见,遂于13世纪左右开始了“巡回裁判”的措施,此一巡回裁判亦被称为assize。

㉙ 这是指被告宣誓自己无罪且无责任,然后再由数名宣誓补助者(Eideshelfer, sacramentalis, oath - helper)宣誓同一主旨,以此被告遂被免责的制度。宣誓补助者的数目依事件的轻重而定,他们并不是针对“事实”而宣誓,而是宣誓被告的宣誓“真实不伪”,因此作用在于补强被告的宣誓,性质上与“证人”完全不同。

㉚ Assize虽然也是广义的jury的一种,但根据Pollock与Maitland的说法(*The History of English Law*, vol. 1, p. 149),assize与狭义的jury之间仍有下述不同之处。除了grand assize的情况之外,assize是根据“诉讼开始令状”(original writ)而被召集,换言之,在召唤被告的同时,也就是在被告答辩之前被召集。反之,(与assize作区别的意味下的)狭义的jury是在诉讼当事人就其答辩状里的某个事实问题**彼此同意**(合意)服膺近邻诸人的评断裁决之后才被召集。因此,jury是奠定于所谓合意的发展性的基础上,渐次排除了从ordinance那种不毛之地生长出来的assize而终至完成。Assize被召集的场合,倘若是根据诉讼当事人的合意,即可转变为jury(此即vertitur in juratum),此种情况亦不少见。随着时间的过往,裁判官遂以“阁下必得要答应接受对方之申请jury。如若不然,阁下就算败诉了吧”的方式,终至达成强制当事人合意的结果。

有为其决定提出理性的根据。主导的“法官”与陪审之间，分担整个程序的处理，不过，一般认为由宣誓者（陪审团）处理“事实问题”而由法官处理“法律问题”的看法，显然是错误的。在法实务家的评断下，陪审团（尤其是在民事事件上）毋宁也决定某些具体的法律问题，只不过并**不会**因此而对未来其他事件的判决形成“判例”，换言之，陪审团对**法律**问题的决定被认为具有非理性性格的缘故。

确实，正是由于立基在民事陪审的这层意义上，英国法里某些实际上向来即为妥当的规则，历经了相当缓慢的发展才获得其为法律上“妥当的”规范的权威。当陪审的裁决里，法律问题与事实问题交杂不清而有待分辨时，唯有在法官将法律问题部分从这种未识别状态（Inkognitum）中抽离出来、并且确认其为判决原理的情况下，这些裁决方能转化成现行法的构成要素。正是以此方式，英国现行商法的一大部分即由曼斯菲特爵士（Lord Mansfield）在其法官生涯中加以定式化，并且借此而被赋予法命题的权威[31]。然而前此人们所仰赖的不过是陪审团具体的“法感”，而陪审团并不把该法律问题和事实区分开来，而是将两者同时解决，并且，当陪审团里包含了颇具经验的实业家时，尤其是会全按实情来加以解决。在罗马的法律生活里，同样的，由于从事解答活动的法律家（respondierende Juristen）得以有创制的作为，[32]所以民事审判人（Zivilgeschworenen）亦以其建

---

[31] William Murray Mansfield（1705—1793），于 1756—1788 年担任王座法庭的首席法官长达 32 年之久，特别长于将商业习惯吸收到习惯法里，素有英国商法之父的美誉。前此，商业习惯只不过被承认为事实上的惯习，作为事实问题而依个案交付陪审团来裁决；曼斯菲特则让一旦成为判决的商业习惯没有交付陪审团裁决的必要，而将之吸收到习惯法之中。

[32] 罗马法律家的解答（见本章注 17）有的是为了法律行为或诉讼行为的当事人而做，有的是为了审判人、有的是为了法务官而做出，对于法生活具有极为重大的影响力。法律家的解答活动原本是自由不拘的，帝政初期的首位皇帝

言为基础。然而,两者(罗马与英国)的不同之处在于:在罗马,法律问题的分析是由独立于法庭的法律练达者来进行,因此,事情由审判人手中转移到解答者身上的倾向,促成了将"感情"准则打造成理性法规的局面;然而在英国,事情从庭长那儿推移到陪审身上的企图,却可能产生相反的效果,而且确实也多半如此。因此,英国的诉讼里,裁决手段的原始非理性,因此也就是"现行法"本身的非理性,一直维持到现在。同理,按照类型规则来加以审断的类型性"要件事实",一旦是由私人的交易实务和"法官"判例的共同作用下所发展出来,那么,这些规则便不具备近代法思维里推展出来的"法命题"所具有的理性性格。

此时,法律相关的要件事实彼此之间全靠直观的方式来区别,换言之,所依凭的是明显可见的特征,而非法律逻辑推论出来的意义内容,而且,之所以能够作出分别,往往是在这样的观照下:在个案当中,哪些问题应该可以诉诸神祇或卡理斯玛权威,并且以何种方式提出,而利害关系的当事人当中何者具有权利与义务来运用这些证明手段。当原始的裁判因此而朝向严格形式且首尾一贯的方向发展,那么终归是要以"有条件的证据判决"(bedingtes Beweisurteil)作收场。[33]与此最为相近的,即为现

(接上页)奥古斯都(公元前27—公元14年)则授予某些著名的法律家"根据元首权威而作解答的权利"(ius respondendi ex auctoritate principis),而对解答活动加以某种程度的统制;不过,这并不是以禁止其他法律家的解答活动为旨趣。其后,哈德良皇帝(Hadrianus, 117—138年在位)规定,凡有公开解答权的法律家(不限于当代的)对同一个问题意见一致的,该意见具有法律拘束力,法官或审判人判案时必须遵照执行,以此进一步强化对解答活动的统制。

[33] 在古日耳曼法里,当被告承认原告的主张时即取得终局判决的形态,但是当被告主张自己是冤枉或无责任时,则形成所谓"两立判决"(zweizüngiges Urteil)的形态。换言之,判决要靠当事者其中一方(原则上是被告)以某种方法提出证明来下决定,同时,若证明无法成立时,则作出被告应对原告有所给付的决定。这既是证据判决,同时又是终局判决的形态。裁判程序即据此判

今[34]依照当事者某一方的宣誓来下判决的情形[35]。双方当事者的一方被宣告有义务(或权利)[36]提出一定的证明,而事件的胜败则明示或暗示地取决于证明成立与否。尽管技术层面上多有不同,罗马的法务官的程序书诉讼程序,以及英国含带陪审团的令状诉讼,两者皆在程序上一分为二的情形,莫不是联结在这样的基础现象上。

因此,到底什么样的问题应该诉诸巫术性的权威,此一提问成为建构技术性的"法概念"的第一步。不过,至此尚无事实问题与法律问题的区别,亦无客观规范与受客观规范保障的个人主观"请求权"的区别,亦无诉请履行义务的请求权与基于违法行为而作复仇要求的区别——因为构成诉讼的理由无论如何原本就是由于违法行为——,亦无公权与私权的区别,亦无法创制与法适用的区别,同时,尽管和我们先前所说的不同,亦无"法律"——作为赋予个别利

(接上页)决的宣告而终了,证明的办法是于庭外、有时是在证人的出席下、向对方作出证明,证明手段具有形式的性格(宣誓、神判、一部分为证言),证明的成立与否则是客观上明白可见的。

㉞ 韦伯写于一次大战前。

㉟ 此处所说的是 1877 年德国的旧民事诉讼法 410 条以下(1898 年改正法 445 条以下)的"透过宣誓以证明"(Beweis durch Eid)的程序。换言之,当(1)诉讼当事人的一方(A),负担举证责任却无法证明某种事实,而且(2)此一事实是因对方当事人(B),或其前主或其代理人的行为成立的事实,或这些人应当知道的事实时,那么 A 便可以对 B 提出要求,要求他宣誓 A 所主张的该当事实是真实的或不真实的。在此情况下,法庭便依 A 的请求而宣告内含 B 应作宣誓之旨的"有条件的终局判决"(bedingtes Endurteil),在此判决中,尽可能明确地规定了 B 作宣誓时或不作宣誓时的效果。B 作出宣誓或拒绝宣誓,是在此一判决之后发生,据此,判决内容即自动确定。不过,此一程序为 1933 年 10 月 27 日的法律所废止。

㊱ 在日耳曼法里,举证并不被认为是"义务"(举证责任),而是"权利"(举证权)。因为证明手段原则上是宣誓(参见本章注 29)而证明的一方是有利的。拥有举证权的原则上是被告,只有在原告的主张因证人或证件的呈示而显得特别明确时,才会将举证权授予原告。至于原则上应由原告负担"举证责任"的想法,是中古后期才开始有的。

害关系者“请求权”的规范——与“行政”——意指纯粹技术性的指令，在此种指令的“反射”下，个人被赋予一定的机会——的区别。所有这些区别可说是、实际上也应该无非是“潜在的”，仅稍露端倪而已。不过，基本上，强制手段的各种不同种类和（有时）强制机关的多样性，在我们看来，仅只在某种程度、尽管极为不同的程度上，和上述区别的某些部分相对应。

例如，我们先前所见的，由于某个成员的行为而遭受巫术性祸害威胁的共同体里所进行的宗教性私刑审判（Lynchjustiz）和氏族间所进行的赎罪程序，两者间的关系相应于现今“基于职权”的刑事诉讼和私法的权利追求这两者间的区别。同样的，我们也知道，家父长不受形式限制与形式原则所拘束的纷争解决，乃是一切“行政”的原始基点；反之，氏族间的纠纷里形式严格的赎罪程序，俨然是有序的“司法”的先驱者——后者仅仅产生出关于“现行规范”（das Geltende）的裁决。进一步，功能特殊化的权力，亦即与毫无限制的家内权力有别的权力——在此我们可称之为“**公权力**”（imperium）——一旦成立，原则上即可发觉到“正当的”命令与将此命令“正当化”的规范之间的区别。因为，此时，神圣的传统或具体的卡理斯玛资质赋予了个别命令**或者**切事的**或者**属人的正当性，并因此显示出其“权能”（Berechtigung）的界限。不过，在观念上，这两者仍未有所分殊，亦即公权力仍被视为其担纲者的具体的法律“资格”，而非切事的“权限”。而且，正当的命令和正当的请求权以及将两者正当化的规范，也因此并未真正的区分开来。同样的，不可变的传统的支配领域和公权力的领域，两者间的界限也暧昧不明，原因在于，公权力的担纲者即使再怎么宣称其“正当的”支配权能，倘若未尽可能地诉诸求取特别启示的办法，即无法作出重要的决定。

再者，在传统的领域里，实际上适用的法律，也并不是真的那么安固稳定。至少，当传统并不是掌握在一个受过特殊训练且在经验

上发展出固定的一套技术规则的担纲者阶层手上时——起初通常是巫师与祭司——那么传统在广泛的生活领域内就会显得较不安定。“法”之为“法”，就是能够作为“法”而予以适用。非洲的“帕拉瓦”(Palaver)[37]的决定，历经数代的承传而被当作是“现行法”，穆钦格(Munzinger)对于东北非的法律裁决(buthas)也有同样的报导。[38]“判例法”(Präjudizienrecht)是“习惯法”(Gewohnheitsrecht)在更新演变上的最古老形式。当然，如我们所见的，这样一种法律建构的内容，起先基本上不过是巫术性求问之通过检证的技术规则。直到巫术的重要性衰退后，传统才取得譬如中世纪所具有的性格，亦即：有如法律那样妥当的运作之存在，就像“事实”一样，可以成为当事者提出为“证明”的对象。

从新命令的卡理斯玛启示，经过公权力，直到通过协议或指令而“**订定**”(Satzung)的法创制，是最直接的发展途径。因为此种协议的担纲者最初是氏族长或地方首长。举凡在村落或氏族之外，由于某种政治或经济因素而形成支配范围更大的广泛性政治团体或共识共同体之处，这些团体的事务通常是由上述那些首长的临时性或定期性会面来加以规制。那些由他们所作成的协议，通常是纯粹技术性和经济性的，因此，就我们的概念看来，不过就是“行政”或者私下的约定。不过，这些协议却可能由此而扩及于其他各种不同的领域。尤其是，这些聚集在一起的权威人士有可能倾向于将彼此共同的宣言提升到足以解释神圣传统的权威地位，有时候甚至敢于借着解释而干涉本身极受巫术性保障的规范，例如氏族的外婚制。当然，一开始事情通常是这样发生的：具有卡理斯玛资格的巫师或智

---

[37] Palaver在葡萄牙语系的英语里意指“会议”、“商议”。在民族学上，特别是指非洲的原住民的会议，以及原住民与白人商人或旅行者的商议。

[38] Werner Munzinger, *Ostafrikanische Studien*, 1864, S. 478.

者向集会提出他们在忘我状态(Ekstase)[39]或梦中所获得的新原则的启示,然后与会成员则由于认定他们的卡理斯玛资格而将这些启示带回到自己的团体里传达、好让团体成员来遵守。然而,技术性的指令、根据法律裁决而来的传统的解释以及新规则的启示,三者间的界限并不清楚,而且,巫师的威信也并不安定,所以,正如我们在澳洲所观察到的,法律的订定可能逐步走向世俗化,而启示则事实上被排除出去或只是作为事后对协议的合法化之用,最后,原先只有通过启示方才可能的法创制的广大领域,也可能全都着落于集会的权威人士间的协议上头。即使在非洲的各部族里,也有不少已完全发展出法律的"订定"的思想,尽管长老和有名望者有时没办法强使部族成员遵从他们彼此协议下的新法。就蒙拉德(Monrad)对几内亚海岸的观察所得,[40]名望人士们所达成的协议,在经济弱势者身上是用科以罚金的办法来付诸实行,而富裕者和有力者则尽可视之如无物,如果他们不是心悦诚服地接受这些协议的话。这和中世纪的身份制体制里所见到的情形完全一样。另一方面,阿含塔人(Ahanta)和达荷美黑人(Dahomeyneger)则定期地或临时地修改旧有的规约或议决新的规则。[41] 不过,这种状况再怎么说也不是一种原始的状态。

---

[39] Ekstase 又译为恍惚、夺魂、忘我等等。一种异常的甚至对外在刺激停止正常反应的感情昂扬状态,也是内在充满喜悦的意识状态。从韦伯的观点看来,世上最古老的"职业"便是职业巫师,而巫师是个持续地拥有卡理斯玛资质的人。更甚者,"他变成一个独占某种'经营'(Betrieb)——足以高超地表现或媒介卡理斯玛灵力的一种特殊的主观状态,亦即'忘我'——的人"。参见《宗教社会学》,页 4。

[40] Hans Christian Monrad, *Gemälde der Küste von Guinea und die Einwohner derselben*. (由 H. E. Wolf 译自丹麦文, 1824)

[41] 阿含塔人为居住在非洲西海岸、现在的黄金海岸和迦纳地方的种族。达荷美共和国为非洲西部国家,原属法国殖民地,于 1960 年独立。本文所指,参见 Diedrich Westermann, *Geschichte Afrikas*, 1952, S. 211。

总之，法律的订定要不是完全不存在，就是，如果真的存在，也由于法发现与法创制之未有区别，以致“制定法”（Gesetz）——作为法官加以“适用”的规则——的观念，一般而言全然付之阙如。判决所拥有的不过是判例的权威。例如日耳曼的“睿智”即显现出这种类型的中间阶段[42]——从业已妥当的法律之解释到新法律的创造——换言之，睿智本是权威人士关于具体的或抽象的法律问题的裁决，这些人的正当性要不是奠基于个人的卡理斯玛，就是奠基于年齿、知识，或奠基于其氏族的名望资格，或（最后）奠基于官职（就像北日耳曼的“宣法者”）；再者，睿智既未区分客观的法与主观的权利，亦未区分法律订定与判决，同时，既未区分公法与私法，亦未区分行政命令（Verwaltungsanordnung）与规范性的规则。到底偏向这种性格或那种性格，全视个案而定。

英国国会的议决，直到快跨入现代门槛时，仍保有类似的性格。首先，就像 assisa 这个词所显示的那样，[43]国会的议决不只在金雀花王朝（Plantagenet）时代，而且基本上甚至到了 17 世纪，都还仅止于具有和其他裁判判决同样的性格。国王也认为自己并不是无条件地被自己的 assisae 所束缚。国会则试图运用各种手段来防制这种情形。议事录的制作和各种记录的保存，目的不外乎让那些得到国王认可的国会议决被尊重为判例。虽然如此，国会的议决仍然一直，甚至迄今，都还保留着只是既存法律之修正的性格；而正相对于近代欧陆制定法之法典编纂的性格，后者（除非特别另有所指）旨在于废除既有之法而彻底重新规制其对象。因此，新制定的法彻底废止既有之法的原则，在英国法律里至今尚未完全贯彻。[44]

实质的制定法概念——在英国得力于清教徒和后来的辉格党

---

[42] 参见第一章注 6 与注 18。

[43] 参见本章注 28。

[44] 英译者在此引用了“改废普通法的制定法应严谨地诠释”（Statutes in derogation of the common law are to be interpreted narrowly）这句英国法谚。

(Whigs)的理性主义的推展——起源于罗马法。在罗马法本身,此一概念的原始根源则在于政务官法(Amtsrecht),也就是政务官原本由于军事而具有的公权力。[45] 议决法(lex rogata)原是政务官的布告,此一布告由市民军队所同意而对市民(而且只对市民)具有拘束力,因此即使是政务官的后继者也不能加以破弃。[46] 所以,今日的制定法概念的根源,无非是罗马的纪律和罗马的军事团体的特质。中古时期的欧陆,除了卡罗琳王朝稍现端倪的尝试之外,[47]霍亨斯陶芬王朝(Hohenstaufen)的腓特烈一世是首先起用罗马的制定法概念者。[48] 不过,在中世纪初期,特别是英国,制定法概念的阶段——亦

[45] 罗马的"公权力"(imperium)一词虽然也有等同于政务官一般职权(potestas)的用法,但与 potestas 有所区别下的 imperium 原来指的是"军令权"。此外,按韦伯此处的文意,当是指古代城邦作为战士共同体,而民会则为战士集会。

[46] 罗马政务官(magistrate)的布告对于他的的继任者并无拘束力,新的法务官(praetor)上任时即重新颁布法务官告示。然而当政务官向民会(comitia)咨询(rogatio)且获得民会的赞同时,情形就不相同了。具有公权力的政务官首先着手准备法案,并将此法案和民会召集的日期公告示众(promulagtio)。到了召集日,政务官即占卜神意(quspicia)、召集民会、宣读法案,并询问市民赞成与否,若获得赞同,则法律(lex)正式成立,此即 lex rogata,有别于单是由法务官所发布且未经民会同意的 lex data。此种程序大多用于地方立法(经各种地方民会,例如 comitia curiata, c. centuriata, c. tributa)或紧急立法。民会只能赞成(uti rogas)或否定政务官的提案,而不能由本身来提出新的法案,这也是罗马立法程序的独特之处。另外关于法务官的告示,详见第四章注 37。

[47] 这里指的恐怕是查理大帝时代的卡罗琳文艺复兴。据说查理大帝意图超越部族法的分立而制定帝国共通的法律,当然,此一计划并未实现。

[48] 中世纪时,罗马法对政治产生实际影响肇始于腓特烈一世时代(Friedrich I, Barbarossa,1152—1190),至于他是否真的是"首位"利用罗马制定法概念者,则尚有可议之处。不过,腓特烈一世不仅在理念上而且也实际坚持日耳曼皇帝是罗马皇帝的后继者,因此罗马法是日耳曼帝国的"优良古法",如此观念一旦形成,也就奠定了罗马法的所谓"理论承袭"的基础。只不过,对腓特烈一世而言,罗马的制定法概念可以在现实上加以利用到什么程度的问题,除了他自己于 1158 年制定的法律"Constitutio de regalibus"之外,答案毋宁是否定的。

即认为法的制定不过是以订定法律的方式来修正法律的那个阶段——也绝非早早就来到。

其实,法创制与法发现的卡理斯玛时代的痕迹,如我们多次所见的,仍然残存在纯粹理性的法订定与法适用的时代的许多制度里,并且至今仍未完全清除。像布莱克史东(Blackstone)这样的后代学者,都宣称英国的法官是一种活生生的神谕。[49] 事实上,在英国,判决所扮演的角色,至少就其作为不可或缺和独特的形式而使普通法以具体姿态实现出来的角色而言,和神谕在古代法律里所扮演的角色实不相上下,换言之,"前此不甚明确者(法原则之存在),如今(通过判决)成为永久的规则"。唯有当判决显然"荒谬"或"违背神的命令"时,方才不具备卡理斯玛的性格,也因此可以毫无顾忌地不予理会。真正的神谕和英国的判例唯一不同之处,在于前者欠缺理性的理由,然而,这又何尝不是陪审的评断与神谕共通之处。当然,在历史上,陪审并不是那样一种卡理斯玛律法先知的继承人,正好相反,他们毋宁是借着邻人的证言来取代司法集会人团体的审判里的那种非理性的证明手段(特别是在有关占有状态的事情上),因此,也就是王室法庭里君主的理性主义的一种产物。反之,卡理斯玛的法宣示的真正后继者,毋宁是显现于日耳曼的相对于法官之地位的审判人(Schöffen),[50]以及北欧法律里宣法者的制度。

五　作为法创制之担纲者的"法律名家"

值得注意的是,司法集会人团体的自律和身份制的自律在欧洲

---

[49] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, 1765—1769, p. 172, 173.

[50] 查理大帝所设置的常设判决发现人(Urteilsfinder, 参见第一章注18)又称为

中世纪有着异常惊人的发展，换言之，在法庭上，裁判官或其代理人通常只是主持人，负责维持秩序，而不参与判决，判决本身是由卡理斯玛的宣法者或（后来）被任命的审判人来进行，而审判人则是从判决将成为其法律的那群人当中指定出来；此一首尾一贯地被坚守的原则，在某方面确实有其（我们业已申述过的）政治的理由。不过，另一方面，此一原则亦可溯源卡理斯玛法发现的本质。基于职权而召开并护持法庭的法官，完全无法涉足法发现的领域，因为，从卡理斯玛的法观念的角度看来，他的官职并未赋予他那种明智，亦即法知识的卡理斯玛。法官的任务之圆满达成，端在于让当事者宁可选择赎罪而非复仇，宁可接受法庭上的和平而非自力救济，并促使他们采取一定的形式程序，在此程序下，他们不得不遵守诉讼契约的内容，[51]同时，建构出正确且有效地向神或具有卡理斯玛资质的智者

（接上页）审判人（Schöffe, scabinus）。本来所有的自由人都负有出席裁判集会以协助裁判的义务（Dingpflicht）。不过，随着农业劳动的集约化，自由"农民"逐渐"失去余暇"（农民的"Unabkömmlichkeit"），觉得裁判协力义务是一大负担。于是查理大帝便允许一般自由人一年只出席三次裁判集会即可，超出这个以上而需要召开裁判集会时，只要审判人集合参与即可进行裁判。以此，由葛拉福（Graf，王室高级官员）所召开的定期裁判集会（高级法庭）的确是自由人全体出席（全员法庭，Vollgericht），而由百夫长（Zentenar, centenarius）所召开的临时裁判集会（下级法庭）则变成只有审判人出席（审判人法庭，Schöffengericht），并且，即使是葛拉福法庭里，判决的发现也只交由审判人来进行，而其他自由人则转化为单纯的见证人（Umstand）。查理大帝所作的这番裁判制度的改革虽然意味着大幅减轻农民的负担，在另一方面却意味着将自由农民实质地排除于裁判之外、且将他们转变为被支配的身份。审判人通常是7名（中世纪时为12名），由葛拉福或国王巡察使（missi dominici）在裁判集会人里的有力者当中选取任命，任期终身。后来，在自由人当中审判人成为拥有特定家世者（参审自由人，Schöffenbarfreie），而审判人之职也因而世袭化了。

[51] 裁判起先全都是仲裁裁判，因此，诉讼的前提便在于：原告与被告合意（缔结"诉讼契约"）不依靠自力救济（复仇）的办法而是依据裁判来解决纷争。"无原告，无法官"（Wo kein Kläger, da kein Richter）的原则仍维持到中世纪盛期，而基于职权的起诉程序是中世纪末时才开始成立的。

提出问题的前提。

不过,这些懂法的人原先通常多少是具有巫术性资质者,只因其卡理斯玛权威之故而在个案发生时被召唤前来;或者,他们是祭司,如爱尔兰的布雷宏(Brehons)[52]、高卢人的德鲁伊(Druiden)[53];或者,他们是经过选举而被承认为权威人士的法律名家(Rechtshonoratioren),例如北欧的宣法者,或法兰克人的判决发现人(Rachimburgen)[54]。卡理斯玛的宣法者后来变成经由定期选举、最后经由事实上的任命而被正当化的官吏,而判决发现人则为国王所认证的法律名家——亦即审判人(Schöffen)所取代。虽然如此,能够宣示法律的,不是官方的职权(Obrigkeit),而是单单因为其为具有卡理斯玛资

[52] Brehon 乃古爱尔兰的法律家、裁判官。不过,他并没有强制执行其决定的权力。唯有取得被称为 ollamh 的最高学位者方能成为 Brehon。由于具有社会上的强势地位,Brehon 逐渐被世袭化。布雷宏法(brehon law)于 16 世纪末之前被收录到爱尔兰的民法(Senechus Mor)与刑法(Book of Aicill)里。

[53] 恺撒大帝对于德鲁伊有如下的描述:"在高卢,多少被认为有价值且受到尊重的,只有两种阶层的人。一般庶民被视为与奴隶无异。……这两个阶层,一个是德鲁伊(druidum),另一个是骑士(equitum)。德鲁伊除了列席神祇礼拜、主祭公私的牺牲仪式之外,还给予有关宗教问题的教示。德鲁伊底下有许多年轻人来受教,所以他们非常得到高卢人的尊敬。不问公私,几乎所有的纷争全都靠他们来定夺。不管是关于作奸犯科、斗殴唆使的行径,或关于遗产继承、土地边界的争执,对此立下判决、作出赔偿或刑罚指示的,也是他们。个人也好,部族全体也罢,凡有不服从德鲁伊之判决者,一概不准参加献牲仪式。这对高卢人而言是最重的处罚。……全体德鲁伊只有一个首长,是他们之中具有最高权威者。……德鲁伊每年于特定的日子里汇集于被认为是全高卢之中心的卡尔努族的领地内,于神圣之处召开法庭。此时,凡有争执者从各处聚集而来,仰仗德鲁伊来做审判与判决。"(《高卢战记》,6:13)

[54] Rachimburgen(rahin = Rat, burgjo = Bürge)是指法兰克部族里法官于开庭前或开庭之际所任命的"判决发现人"。法兰克部族以外的地方,例如北德地区,尽管并不使用 Rachimburgen 这个称呼,但亦可见到实际上具有威信和优越法知识的一定人士被法官任命为常设的判决发现人的现象。此乃查理大帝之设置"审判人"制度的前驱现象。

质者,这样的原则依然被维持下来。北欧的宣法者,一如德国的审判人,基于其卡理斯玛威信,往往成为政治上代表裁判共同体(Gerichtsgemeinde)对抗官方势力的极有力人士。在瑞典尤其如此。和德国的审判人一样,宣法者多半出身高贵的家族,所以,自然而然地,特别是审判人的职位总是依氏族卡理斯玛的方式而和一定的氏族联结在一起。从10世纪以来的证据显示,宣法者绝非法官。他和判决的执行毫无关联,而且一点强制权力也没有,直到后来在挪威才有限地拥有。强制,如果果真存在于法律事件里的话,毋宁是掌握在官吏的手中。宣法者从因应个案而被召请来的法发现者转化成常置的官吏,并且,随着理性要求的兴起,亦即要求现行法具有事前的可计算性,也就是具有规则性,宣法者变成有义务要每年一次对共同体的集会宣示所有那些作为其法发现之基准的规范,目的在于让众人有所认知,同时也让自己念兹在兹。我们很可以说,这和法务官的公告每年告示一次的情形是相类似的,尽管两者间还有其他许多不同之处。后继者并不受其前任宣法者的宣告(lögsaga)[55]所束缚,因为,任何宣法者皆可基于其卡理斯玛而创造新的法律。他自亦可以参酌考量人民集会的建议与决议,但并不是非得如此不可,而且,这些决议除非被列入宣告当中,否则并不成其为法律。法律只能是被启示的:此一特征性的根本原则,以及基于此一原则而来的法创制与法宣示的形成样式,在此应该是再容易也明白不过的。类似制度的痕迹,在大半日耳曼部族法里都可以找到(除了图林根Thüringern之外),特别是在弗里斯兰(Friesland, âsega)[56]。我们或许

[55] Lögsaga为宣法者在集会上布达要事及宣示相关的法律,又名为lagsaga(参见注27)。

[56] 弗里斯兰为荷兰北部的一州,âsega为弗里斯兰法里的判决发现人。在巴伐利亚(Bayern)和施瓦本(Schwaben)则称为êsago。相当于法兰克人的Rachinburgen。

可以不无道理的认为:萨利法典(Lex Salica)[57]的序文里所提到的编纂者,就是这样的法律先知,并且,法兰克王国时代的部族法典附加敕令(Capitula legibus addenda)[58]和这个法先知阶层的国家化有所关联。

类似的发展痕迹,几乎处处可见。诉诸神谕来裁决诉讼的原始方法,即使在其他方面皆高度理性化的政治—社会情境里,亦历历可见,例如埃及(阿蒙神的神谕)[59]与巴比伦。此种裁决方式当然也是造成希腊的神谕颇为强势的一个原始支柱。以色列的法的神谕亦具有类似的机能。法先知的支配恐怕是个相当普遍的现象。祭司的力量在各处极大部分是基于其作为神谕的颁布者或神判程序的主持者的机能;因此,当复仇越来越赋予为赎罪及(最后)诉讼程序所取代而治安得以渐次强化时,他们的权势也往往如日中天。在非洲,非理性的证明手段的意义,由于酋领的诉讼程序而相对上大幅滑落,但咒物崇拜的祭司(Fetischpriester)至今仍具有吓人的力量,此种力量乃奠基于过去的遗制,亦即:带有神判的神圣的巫术性审判,不只在他的主导之下,而且更让他可借此提出巫术性的诉讼,使那些他本身或懂得

[57] 萨利法典为萨利·法兰克部族的部族法典,也是法兰克帝国里最早成立的法典。其序文有五种版本流传,至于哪一种才是最原初的版本则尚有争议。

[58] 法兰克王国时代的国王敕令里的规定被附加到部族法典里,对部族法典具有修正的效力,这样的敕令即称为部族法典附加敕令,其中有附加到全部的部族法典里的敕令(全部族法典附加敕令, capitula omnibus legibus addenda),也有附加到单一部族法典里的敕令(例如萨利法典附加敕令, capitula legi Salicae addenda)和附加到数个部族法典里的敕令。由于部族法典附加敕令具有修正部族法的效力,所以此种敕令并非国王所能单独制定,而是必须经由关系部族的族人代表加以同意方能制定。韦伯显然将此种部族民代表参加敕令之制定的情形,理解为“法先知的国家化”。

[59] 阿蒙神(Ammon)为古埃及的主神,亦称 Amun 或 Amen。阿蒙神原为底比斯的地方神,后来底比斯部族起而统一全埃及建立第十二王朝,阿蒙神的崇拜遂扩大到全埃及,和太阳神雷(Ra)融合后被称为阿蒙·雷,踞有最高神的地位。

拉拢他的人所不喜欢的任何人，丧失生命和财产。

有时，甚至连纯粹世俗的司法行政都长期保有古老的卡理斯玛法发现的重要特征。我们或可这么认为，雅典的法执事(Thesmothetai)也是从原先的卡理斯玛法先知经由规整与转化后所形成的一个选举出来的官吏集团。[60] 不过，我们倒很难说，罗马的神官(pontifices)之参与司法活动[61]，在规整上和其他法先知之受到规整的方式原先有多大程度的相似之处。形式的诉讼指挥和法宣示两相分离的原则，同样亦行之于罗马，只不过在技术上是以一种相当有别于日耳曼的法发现的方式。就法务官(praetor)与按察官(aedilis)[62]的告示而言，其与宣法者的宣告(lögsaga)的相似性也显然在于：在告示对官吏本身具有拘束力量的情况之前，官吏原先颇具判断的自由。在法律

---

[60] 雅典的执政官(archon)原有3名，于公元前683年为经过人民选举出来任期一年的首长，不久之后，员额再增6名，成为9名执政官，而后来增加的这6名就是此处所说的法执事。在创设之初，他们的职务为何，我们无法确知，后来主要是处理法律问题、担当各种裁判，以及审查法律的矛盾与缺陷。

[61] 罗马的神官(pontifex, pl. pontifices)最初为3名，后来增加到8名或9名。他们的职务并不在于信奉特定的神并掌理对此神的祭祀，而是以其宗教上的知识来监督国家祭典的执行、制作历书，以及对政务官、元老院和民会所提出的询问给予解答，而代表神官团经过会商后提示出解答者则为大神官(pontifex maximus)。神官所解答的不只是神法上的事项，而是包括和神法有关的俗法上的事项，他们对法律作出解释，并且教导训示当事人必要的形式以使其法律行为与诉讼行为具有效力。因此，为了指导个人的诉讼，神官团每年互选出一人来专责担当此事，以此，神官在法律的发展上扮演了吃重的角色。不过，我们并不知道大神官本身是否行使这样的权限，亦即决定是否承认争讼当事人所欲进行的诉讼程序，因此，对于法务官掌理诉讼的权限尚未明朗化之前，大神官拥有此一权限的说法尚有保留。

[62] 按察官(aedilis, pl. aediles)为担当公共建筑、道路、消防等警察事务(cura urbis)、公共演艺竞技之监督(cura ludorum)，以及谷物价格之调节与市场交易之监控(cura annonae)的政务官，由于最后这个任务的关联所及，他也掌理和奴隶、家畜的市场交易相关的民事诉讼。

上，法务官必须受其自身的告示所拘束的原则，直到帝政时代才完全实现，因此，我们有必要这么认为：奠基于秘传技艺的神官的法宣示，以及法务官的诉讼训令，最初极具非理性的性格。在传统上，人民对于法典编纂与法之公告的要求正是针对这两者而来的。

法发现与法强制的分离，通常被认为是德国司法的特色及伙伴团体权势地位的来源，不过，这绝非只有德国。在德国所发生的不过是审判人团（Schöffenkolleg）取代了古老的卡理斯玛的法先知。日耳曼的发展之特色所在，毋宁是这个原则的长期保持，以及在技术上将此原则展现出来的方式，而这个特色则与日耳曼法其他某些重要的特性相关联。其中尤其是“见证人”（Umstand）的重要性之长期维持不辍，亦即，不属于法律名家的法律同伴（Rechtsgenossen）以如下的方式参与法发现：经由判决人所发现的判决必须获得他们的欢呼赞同方得以成立，并且任何法律伙伴原则上都具有判决非难（Urteilsschelte）的权利。[63] 前者，亦即见证人以欢呼赞同的方式来参与法发现的现象，在日耳曼的法律领域之外亦可见到。我们或可说：荷马对于阿奇里斯之盾上所描绘的诉讼过程的叙述[64]，包含着类

---

[63] 参见第一章注 18。

[64] 荷马在其史诗《伊利亚特》（*Iliad*, 18:497—508）里，关于瘸腿神赫斐斯塔司为阿奇里斯所制造的盾牌上的装饰图案，有如下的描述：“在一个城里，多起婚礼和宴会正在进行。……女人们跑到自己家门口，观看热闹。但是男人们都向市场涌去，那里有两人为了赔偿一个被杀害者的事，起了争讼。被告称他有权付全部赔偿费，向人们说他正打算偿付；但是对方否认他这种权利，拒绝接受任何赔偿。双方都坚持这事应由一公证人解决，他们都得到围观的人群中同情支持者的喝彩。宣报官则企图镇压围观的群众。长老们坐在神圣的长凳上，那是一条半圆形的光滑石板；每人依次从声音清晰的宣报官手里，接过发言令牌，走到前面来宣布他的裁判。两枚金币放在中央，作为把法律解释得最好的长老的报酬。”（曹鸿昭译，《伊利亚围城记》，页 290，台北：联经，1985）

似印记,其他地方,例如以色列的耶利米的审判[65]里,也可看到这样的痕迹。特殊的是判决非难。我们根本没有必要把一般的自由人中规中举地参与判决的这种情形想成是原始自然的事态。这反而很有可能是特殊发展,尤其是军事发展下的产物。

六　司法集会人团体的法发现

促使人们对于“何者当如规范般妥当”的思考世俗化,并促使此种思考从受巫术保障的传统中解放出来的各种力量当中,最为强而有力的是,由**战争**所引起的变革。

战胜的军事领袖(战侯,Kriegsfürst)所握有的公权力——尽管在重要的事情上,其行使仍受军队的自由同意所拘束——在内容上无可避免的相当广泛,并且,就其实质而言,经常涉及种种关系的秩序。这些关系在承平时期唯有通过被启示的规范方能加以规制,而今,新的规范则是通过协商式的或指令式的法律订定而从无中生有。俘虏、战利品,尤其是征服地,都由战侯和军队来加以处分,并且依此而重新创造出个人的权利,以及在某些情况下,具有妥当力的规则。另一方面,为了维持公众的安全,也为了防止纪律的破坏和压制内乱的企图,战侯必然比承平时期的“法官”握有更加全面的权势。公权力的范围就此即足以牺牲传统而扩大开来。何况,战争所带来的经济与社会关系的变革,都使人明白,以往行之有素的事

[65] 事情详见《旧约圣经·耶利米书》第26章:耶利米依耶和华告知之言,大胆地在圣殿上揭示众人的罪,并且说众人要是不悔改,耶和华“必使这殿如示罗,使这城为地上万国所咒诅的”。结果,祭司、先知和众民都来抓住他说,你必须死。祭司和先知向群集在神殿上的犹太首领和众民告发耶利米,并主张该将他处以死刑,但首领和众民并不同意祭司和先知的主张,最后,耶利米得亚希甘之助逃出众人之手得免一死。

也不是永远妥当和神圣不可侵犯的。因此，将既已妥当的法和新订定的法加以体系化地确定之事，在人类极为不同的各种发展阶段里，特别蓬勃于随着军事扩张而来的时期。

此时，在对付内外敌人以确保安全的迫切需求影响下，法创制与法发现显示出走向理性形态的倾向。尤其是诉讼程序的各种可能的担纲者相互间也建立了新关系。基于战争和战事准备而形成的政治团体如果一直保持着军事的性格，那么这样的军事团体也会对于其所属成员的纷争解决，以及进而法律的发展，保持决定性的影响力。如此一来，年龄的威信，以及在某种程度上，巫术的威信，通常每下愈况。一方是战侯的公权力，另一方是神圣传统的世俗或圣职的守护者，最后是相对而言较不受传统所束缚的军事团体的要求——要求团体本身亦能参与监控指令的订定，这三者间如何协和调整，可以有极为多样的解答。

就此而言，军事制度的种类是相当重要的一点。日耳曼人的各地区的司法集会（Dinggemeinde）及政治团体的大规模人民集会（Landesgemeinde）都是具备武装能力者，因此也就是参与土地占有的伙伴所召开的集会。[66] 同样的，罗马的市民（populus）原先也是各

[66] 日耳曼古代的国家（civitas）是由几个称为 Gau（lat. Pagus）的团体所组成而此种 Gau 后来又分为数个 Hundertschaft（lat. centena），这是学界在某个时期的想法。本文的叙述即根据此一时期的学说而来。不过，围绕着 Gau 与 Hunderschaft 这两者虽然有各种的假说成立，然而现今，一来 Gau 的本质尚不清楚，二来所谓 Hundertschaft 并不存在于日耳曼古代的说法也大体获得承认。旧说所描绘的历史图像略述如下：在国家（civitas，本文所说的“政治团体”）里，除了一个王（rex）或数名首长（principes）之外，还有由具有武装能力的全体自由人组成的民会（concilium civitatis，本文所说的 Landegemeide），重要的问题皆交付民会来决定。至于 Hundertschaft（Rietschel 认为 pagus 即为 Hundertschaft），除了有一个百夫长（Zentenar，centenarius）之外，还有该 Hundertschaft 全体具武装能力的自由人的集会（Hundertschaftsding，本文所说的地区性司法集会），此一集会为日耳曼古代最根本的裁判集会。

依其战术单位“编制”而聚集在一处的土地所有者。[67] 在民族迁徙的大变动时代，日耳曼的政治性人民集会似乎已夺得参与新法之创制的权利；索姆(Sohm)[68]认为所有的制定法皆为王法，这是不太可能的事。在这样一种法订定里，由公权力的担纲者来担任主角，看来是绝无仅有的。在较为定着的部族里，卡理斯玛宣法者的权力仍得以完整地持续下去，反之，随着征战迁徙而每每要面对各种新关系的部族(尤其是法兰克人和伦巴底人)，团体的权力感高张，不仅要求积极而决定性地参与法制定和判决，并且贯彻此一要求。

另一方面，在中世纪早期的欧洲，基督教教会本身无不以主教确立的权势地位为范本，四处支持君主介入司法裁判与立法，而且教会往往为了本身的利益和伦理的维持，直接怂恿君主介入。法兰克国王的敕令和半神权的特别巡回法庭(Sendgericht)[69]可说是同步

---

[67] 古典古代的城邦国家具有强烈的“战士共同体”性格，这是韦伯无处不加以强调的(例如“要言之，古代城邦在重装步兵纪律创建之后，即为一种战士行会。……”详见《非正当性的支配——城市的类型学》，页 213 及以下)。在城邦里，市民(populus)被编整为 gens，curia (gr. phratria)与 tribus (gr. phyle)，韦伯认为后两者(尤其是 curia)本来就是军事团体。另参见第二章注 70。

[68] Rudolf Sohm (1841—1917)，德国法制史家。与本文相关者，参见其著作 *Fränkisches Recht und römisches Recht*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd. 1, Germ. Abt., 1880, S. 8 f.。

[69] 由主教定期巡视教区的做法似乎是教会自古以来的习惯。在法兰克王国里，这项习惯到了梅罗琳王朝后期时似乎已不受重视，但到了 7 世纪的卡罗琳王朝时又恢复过来，至少到了公元 800 年左右主教已于其教区的一般巡察当中分化出所谓 Sengericht 的刑事法庭。庭长为主教，判决发现人(SendSchöffen)为圣职者，后来为平民。在这样的询问庭里，每个教区都有一群“成熟、正直、诚实的人”(iuratores)被要求(在誓言下)告知主教的巡回法官他们所知的一切罪行。国王的敕令则是逐步命令高级家士葛拉福(Graf)与村长(Schultheiβ)来出席此一法庭，其管辖区域包含数个教区，而在其中最古老的教会里开庭。从 9 世纪半左右开始，此种法庭起用职权的起诉程序(Rügeverfahren)。

发展。此外，在俄国，基督教传入不久后，鲁斯卡亚普劳达法典(Russkaja Prawda)的第二回编纂本中即可见到君主介入法发现与法制定的痕迹，而这是第一版中根本没有的；[70]继之而来的是范围相当广泛的新的实质王权的发展。在西方，公权力的这种倾向，实与军事团体内部的卡理斯玛裁判和同志集会裁判的强固体制相冲突。相反的，罗马的人民，随着重装步兵的纪律的发展。[71] 只能对公权力担纲者(政务官)的提案加以承认或否决，而且除了法的制定之外，这也仅止于提诉于民会的(provocatio)死刑事件的决定。[72] 在日耳曼的司法同志集会里，有效的判决必须得到“见证人”的欢呼赞同。反

[70] 英译者指出，韦伯认为鲁斯卡亚普劳达法典有第二版本存在，是承袭葛兹(Leopold Karl Goetz, *Das Russische Recht*, Bd. 1, 1910；如今编整入 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. 24, 1910, S. 241—517)与寇勒(Kohler, *Die Russkaja Prawda und das altslawische Recht*, 1916；同样编整入前书 Bd. 33, S. 289 ff.)的说法。针对这些说法，最新的研究已提出质疑(Academy of the U. S. S. R., *Pravda Russkaya*, 1940, Ⅰ, p. 29, 55)。这项研究指出，现存最古老的版本为1282年的手稿，因此认为鲁斯卡亚普劳达法典第二版以后的成立年代要比此手稿更早的说法，纯属臆测。根据 Kluchevsky 的研究(*History of Russia*, tranx. Hogarth, 1911, cc. Ix, x)，这部所谓法典既非由王公所制定，也非私人的法律书，而是一本世俗习惯的集成，它是由教会所收录来适用于教会法庭上，以便针对非教会事务进行一般性的裁判。鲁斯卡亚普劳达法典的英译本，见 Vernadsky, *Medieval Russian Laws*, 1947。

[71] 重装步兵(Hopliten)是希腊约于公元前7世纪以降城邦国家的典型军队。在此之前，军队的主要形态是由饲养马匹的贵族所组成的骑士军。随着工商的发展，一方面，富裕的平民阶层逐渐抬头，另一方面，武器也可以较为便宜的价钱买到，所以，以甲胄防身的重装步兵密集方阵遂成为掌握胜负的关键。头盔、胸甲、胫甲、青铜盾、剑与枪是重装步兵的完整武装。此种平民军队的抬头乃是希腊城邦国家之民主化的有力杠杆。关于“重装步兵的纪律”，参见《支配社会学(Ⅱ)》页350及以下。

[72] 除了握有公权力的政务官外，护民官(tribunus)也可宣告人民的死刑，这种死刑的宣告和超过一定金额的罚金刑罚的宣告，可以提诉于 comitia centuriata 和 concilia plebis 这两种民会。此种提诉称为 provocatio。

之，在罗马的民会里所提出的，最初只限于请求法外施恩——撤消政务官的死刑判决。日耳曼的司法同志集会里的每一个人都有判决非难（Urteilsschelte）的权利，这与其军事纪律的有限发展相对应：在这儿，法发现的卡理斯玛并不是绝对由其职业担纲者所独占，而是任何司法集会成员随时可以尝试着针对判决宣示提出反对提案，以显现出他较为高明的见识。此时，这两种（正反）提案的抉择，原先也只能交付神判，而落败的提案主张者往往要被科以刑罚的制裁，因为错误的判决乃是对法律守护神的亵渎。事实上，集会群众的欢呼赞同或不平之鸣当然总是相当有分量的（他们的声音在此无异于“神的声音”）。在罗马，诉讼训令唯独掌握于政务官手中，同样的，民会发起权（agere cum populo）也只掌握于相互竞争的各种类别的官吏手中，这和罗马的严格纪律互相呼应。

日耳曼人的法发现与法强制的彼此分离，是司法裁判里“**权力分割**”（Gewaltenteilung）的一种形式。另一种形式则是罗马被授予相互介入权的各种官吏的彼此竞争，以及官吏与审判人（iudex）在诉讼进行上的各司其职。特别是，由于官吏、法律名家与军事—裁判团体有共同协力的必要，司法裁判里的权力分割因此受到保障。只不过，在日耳曼与罗马，此种协力关系是以不同的方式来加以规整罢了。法与法发现的**形式主义**性格之得以维持，正是植基于此。

相反的，举凡“官方的”权力，亦即君主及其官吏的公权力，或作为法律之官方守护者的祭司的权力，一方面将法知识之独立的卡理斯玛担纲者，另一方面将司法集会人团体或其代表的参与尽皆排除在外，并树立起一己之全能时，法律的形成即一早便带有神权政治—家产制的性格，而其为法律的形式性质所带来的种种结果，我们很快就会见识到[73]。

[73] 参见以下第四章第二节、第五章第一、二节、以及第六章第一节。

还有另一种发展，尽管形态上有所不同，但其对法律的形式性质所造成的影响却是类似的。例如希腊的民主制里，司法集会团体变成政治上无所不能的组织，不仅将法形成的古来担纲者——不论是政务官方面的或是卡理斯玛的担纲者——全都排挤出去，并且由自身取而代之成为法制定、尤其是法发现的唯一主导权威。

我们将把下面这种状态称为“司法集会人团体的”法发现（die dinggenossenschaftliche Rechtsfindung）——此种状态特别是在日耳曼的军事团体里实现出来，同时也曾以相当理性修正的方式实现于罗马的军事团体里；所谓司法集会人团体的法发现就是指：法律伙伴的共同体的确参与法发现，但对于法发现并无主导支配权，只能够接受或否决法知识的卡理斯玛担纲者或官方担纲者的判决提案，因此有时也可以通过诸如判决非难的特别手段来影响判决提案。不过，光是共同体的参与，绝非此种法发现之存在的关键。因为共同体参与法发现的例子到处都有，例如非洲的多哥（Togo）和俄国——鲁斯卡亚普劳达法典于前基督教的第一回编纂本的时代。[74] 这两处都有相当于审判人团的判决发现人的小圈子（在俄国是 12 人）。多哥黑人的这种圈子是由氏族长老或地区的长老所构成，一般而言可说是往判决发现人团发展的起点。在鲁斯卡亚普劳达法典里，如上所述的，君主起初完全不在参与之列；在多哥人那儿，君主则是会议主持人，判决由长老和他共同协议商定——在此为秘密协议。不过，这两处所欠缺的是，一方面维持法发现的卡理斯玛性格，并且由“见证人”原则上站在相同位格的立场上共同致力于法的发现。在

[74] 第四版的编者在此处有如下的附注：“本文所说的‘前基督教的编纂本’，已经为俄国的研究所否定。根据俄国本身的研究指出，此法典之最古早的编纂是在乌拉德米尔大公发布基督教改宗令不久之后（10 世纪末）。详见 W. O. Kljutschewskij, *Geschichte Rußlands*, 4 Bde., 1925—1926。”（第四版，页 956）

非洲和其他地方,有时候似乎也曾出现过类似的形态罢了。

举凡共同体以"见证人"的身份参与法发现之处,法与法发现的形式性格即被广泛地维持,因为此时,法发现并不是那些视法为当然妥当者的好恶或感觉情绪的问题,而是通晓法律者的启示所蕴生的产物,换言之,法并不是来"服侍"那些视法为当然妥当者,而毋宁是意图支配他们的。另一方面,法律通达者的智慧,就像所有的真正的卡理斯玛一样,都必须靠本身的说服力来"证明"自己,因此,借着此种强制的必要性,间接的,法律伙伴的"公道"感和日常经验得以维持相当长远的影响力。如此一来,整个法在形式上也就是"法曹法"(Juristenrecht),因为其中若无特殊的知识技术,法便无以具足理性规则的形态。不过,实质上,这同时也是"平民法"(Volksrecht)。

我们此处若从较为严格的意义上来说,也就是认为:"司法集会人团体的"裁判作为一种权力分割,乃是介于法卡理斯玛的权威与司法一军事团体的认可之间,形态变化多端的一种权力分割,那么,这绝不是普遍分布的现象。我们大可以将"法谚"(Rechtssprichwöter)的成立,归之于此种裁判的时代。法谚通常可以见到的特色是,其中混融了形式的法规范和具体而通俗的理由,诸如这样的语句:"在何处失了信,就在那儿找回来。"(Wo Du deinen Glauben gelassen hast, muβt Du ihn suchen)或者简短些:"手须信手。"(Hand muβ Hand wahren)[75]法谚一方面来自(法的)民众性格——经由共同体之参与司法以及俗人对于法的较多的知识,另一方面则来自个人(这些人或者是训练有素,或者是略有涉猎的业余者)对于某些准则——往往一再出现的决定所显现出来的准则——的定式化,这种深思熟虑下的产物,当然常常是出自法先知。简言

[75] 这两个法格言所表现的是同一个法原则。至于意涵,参见第一章注25。

之，法谚无非是"标语"形式的、零碎的"法命题"。

相反的，在形式上已有某种程度发展的"法"，亦即作为有意识地下决定的准则的复合体，若无训练有素的法律通达者的决定性协力，即不可能成立，而且无论何处皆不可能存在。我们对于法律通达者的各种不同范畴也已经有所认识。从事法发现的"法实务家"阶层，除了司法的官方担纲者之外，还有"法律名家"，亦即：宣法者、判决发现人（Rachimburgen）、审判人（Schöffen）以及（有时候）祭司等。随着司法裁判越来越赋予讲求经验，并且最终要求要有专门知识，我们发现法利害关系者的私人顾问和代理人（辩护人、律师）纷纷登场，成为法实务家的另一个范畴。[76] 他们借着"法的发明"（Rechtserfindung）而对法的形成发挥相当大的影响力，至于其发展条件，我们下面还要谈到。法学专门知识的高涨需求，造就了职业律师。对于法实务家在经验和专门知识上的这种逐渐升高的要求，以及因此而使法的理性化全面的向前推动，其实多半是肇始于财货交易及从事此种交易的法利害关系者越来越赋予显著的重要性。为了要解决因此而不断产生的新问题，专门的，也就是理性的训练是无以规避的要求。

此处，我们特别关心的是法的**理性化**的途径与命运，亦即其于现今独具一格的种种"法学"性质的发展。我们将会看到，法的理性化可以有各种不同的方式，未必一径朝着其"法学"性质的发展方向理性化。法的这种形式性质到底会朝着哪个方向发展，直接取决于所谓的"法学内部的"种种情况，亦即端视对于法的形成方式发挥出**职业性**影响力的那群人有何特质而定，一般的经济与社会条件不过是间接的决定因素。不过，最重要的还在于：**法律教育**的方式，亦即，法实务家是以何种方式训练出来的。

---

[76] 关于"辩护人"（Fürsprecher）与"律师"（Advokaten），见后出本文第四章第一节。

第四章

法律思维的类型与法律名家

一 经验的法教育与理性的法教育：由律师训练或大学训练

对于“专门的”法教育发展而言，因此也就是，对于特殊的法律思维的发展而言，有两种彼此对立的可能性。其一是，由实务家来进行的经验性的法教育，全面或主要在实务当中进行，亦即讲求“经验”的“工匠式”训练。其二是，在特别的法律学校进行的理论性的法教育，以理性且系统化的方式来探讨法律，亦即讲求“技术”的“学问式”训练。

第一种方式的一个相当纯粹的型态，是英国交由律师来训练

的工会式的法教育。中世纪时,“辩护人”(Fürsprecher)和“律师”(Anwalt)是判然二分的。前者是由司法集会人团体的诉讼特质中产生出来,后者则随着王室法庭里诉讼程序的理性化——陪审程序的导入、诉讼记录的证明力之获得承认——而出现。特别是,法国的诉讼史里,**用语**形式主义(Wortformalismus)①与司法集会人团体的诉讼之严格的辩论主义相结合后,明白凸显为“辩护人”制度的泉源。基于“一着失,满盘输”(Fautes valent exploits)②的原则,以及当事人本身和判决者被一旦说出即具形式主义效应的用语所紧紧束缚,使得一般人不得不延请“辩护人”(avant rulier, prolocutor)。在当事人的委托下,法官从判决者当中为他选取一个辩护人,代替他并且以他的名义“宣说”诉讼进行当中所必须的话语,以此,当事人同时也获得好处——由于他自己并未发言——,其中尤其是有可能“修正”先前所犯的错误。起初,辩护人陪同当事人出庭,这点即与“律师”(avoué, solicitor, attorney, procurator)完全不同。

律师所做的是为当事人做诉讼准备和证明手段的收集等技术性的工作。不过唯有当诉讼有了大幅度的理性化之后,他才可能发挥此种功能。起初,在诉讼上能够发挥现今这种功能的“律师”根本没有。直到英国与法国的君主进行诉讼改革而使得诉讼代理成为可能之事后,律师方得以当事者的“代理人”的身份出现,而其任命

① 法庭上所使用的语言有特别严格的规定,若以不同的用语发言,便会对诉讼产生不利的影响,有时甚至招致败诉的结果。此种观点即此处所谓的用语形式主义。

② 照字面直译即“错误摧毁(诉讼)行动”(errors destroy the acts),意即一个错误致使整个诉讼无效。

起先通常是基于特殊的特权[3]。辩护人并不会因其(为当事人辩护的)地位而妨碍到他本身之参与判决发现,当然,为了能够做出判决提案,他必须是判决发现人的一员。反之,"律师"除了是当事者的代理人之外,别无其他。在英国的王室法庭里,律师原先几乎毫无例外的是来自唯一具有书写能力的阶层,亦即圣职者阶层,而此项工作亦是其主要的收入来源之一[4]。不过,一方面由于教会勤务不容忽视,二方面由于上阶层俗人的法律素养越来越赋予高,使得圣职者逐渐被排除于律师的行业之外,而俗人律师则集结于所谓"四法学院"(Inns of Court)[5]的四个行会里,而且法官的职位和必须具备法律知识的官职地位被他们所独占的倾向也明显出现,到了15、16世纪时,此种独占终于完全实现。随着理性诉讼程序的进展,旧有的"辩护人"(prolocutores)终告消失,而出身"律师"、被称为"顾问"(counsels, advocates)的贵族法律名家就此登场。

不过,被认可于王室法庭里代理当事人的律师,也承袭了昔日辩护人职位的许多特色。他们服属极为严格的身份性成规,不只拒绝技术性的营业服务,最终甚至与当事人的私人交往也一概谢绝,以至从未见上一面。从事"经营"的是"一般律师"(attorneys)和"事务律师"(solicitors),亦即未被组织到行会里并且未接受行会法学教

---

③ "在英格兰和其他各国,任命律师(attorney)的权利,并非根源于古来的人民法,而是国王所给予的特权。国王时有此种作为,乃置身于古法之外。其实,国王是为了遂行本身的许多诉讼而任命代理人,但同时也可以将此种本为自身之故而利用的特权赋予他人。不过,到了格兰威尔(Glanville, ?—1190)的时代,举凡在王室法庭里进行民事诉讼的人,率皆得以享受任命律师的权利。"(Pollock and Maitland, *The History of English Law*, vol. 1, p. 213)

④ 不过,1215年的拉特兰大公会议里,规定圣职者除了为本身或贫困者的事件之外,不得出任世俗法庭的律师职务。

⑤ the Inns of Court 是英国具有检定律师资格的四个协会,亦即 Inner Temple, Middle Temple, Lincoln's Inn 及 Gray's Inn。

育的职业营利者阶层，他们与“法庭律师”（advocates）来往，准备诉讼的答辩书（status causae），好让法庭律师代表当事人出庭辩护⑥。实际担当法庭业务的是法庭律师，他们集结组织成伙伴团体，共同生活在行会会馆里；法官则全都由他们当中出线，并且继续和他们共营生活共同体。“律师”（bar）与“法官”（bench）是这种封闭性的法曹身份的两种机能形式，他们多半（中世纪时几乎全都）出身贵族，而且加入行会的办法也逐渐有自律性的规则：见习期为时四年，期间必须到四法学院上课，然后“授予律师资格”（call to the bar）并赋予上法庭辩论的权利，其余则纯粹是实务训练。法曹身份相当重视行规的遵守（例如最低限度的报酬，尽管这完全是自愿支付且不可诉讼求偿的）。四法学院的课程讲授只不过是和大学教育互相竞争的产物，所以一旦达成独占即告示微，终至完全停止。自此，业前教育全然是实务—经验性的，就像在手工业行会里一样，变得极为专业化。

此种法教育自然产生出一种形式主义的法律处理方式——拘执于判例与模拟。律师的工匠式专门化阻碍了对整体法律素材的系统性盱衡概观。法律实务本身也志不在于理性的体系化，而是唯实务上有用的契约与诉讼的范型是求，只以法利害关系者典型一再出现的个案需求为其取向。结果是制造出在罗马法领域里称之为“预防法学”（Kautelarjurisprudenz）的产物。再者，例如诉讼上的拟制之利用——方便新的个案依照既有个案的范型来整理与判断，以及类似的实务操作，也因此油然而生。从这种法律实务的内在发展动机出发，合理体系化的法，或者较狭义地说，法的理性化是无从产生的。因为法实务所形成的概念是以确实的、具象的、依日常经验—

⑥ 以“solicitor”来称呼事务律师，是17世纪以后的事，之前他们一直被称作attorney。相对的，法庭律师则称为counsel或barrister。事务律师（solicitor）是代人解决法律上各种疑难，并协助法庭律师（barrister）在上级法庭办理诉讼事务及诸连络事项者，除下级法庭外，并不出庭代人辩护。

眼便知的、因此也就是形式的事实为其取向，所以法实务便会尽量以外在明确的特征来区别种种概念，并且必要时借由上述手段加以扩充。这些概念既不是借着具体事实的抽象化、逻辑性的意义诠释、通则化与涵摄所形成的一般概念，也不是依三段论法使其适用而成为规范的一般概念。法实务与法教育纯粹经验性的营运，总是由个殊推论到个殊，而不会试图由个殊出发求得一般的命题，以便由此命题演绎出个别决定的规范。这样的营运毋宁是，一方面为言词所束缚——为了因应需求，而将言词反复翻转地加以利用、解释与扩张，另一方面，如果这样还不够的话，则有赖于“类推”或技术性的拟制。

因应法利害关系者的实际需求所做出来的契约范型与诉讼范型，一旦具备十足的弹性，那么官方的法律即可保有极为古典的风格，即使再厉害的经济变化也无法使其动摇或在形式上有所改变。例如占有法(Seisinerecht)的古式决疑论断，⑦乃是在诺曼时代的田宅制度和领主制的条件下所产生出来的，然而即使到跨入现代门槛之际仍然延续不坠，并且，若从理论上来看，在美国中西部地区造成某些奇异的结果。⑧

---

⑦ 在英国法律里，自由保有权(freehold)的占有，称为 seisin，借地权(leasehold)的占有，称为 possession。所谓“占有”，原来被想象成近似日耳曼法里的 Gewere (例如见于 Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 4. ed., p. 339)。

⑧ 英译本有如下的附注：“韦伯显然是想到诸如 tenure, estate, fee 等概念，以及 doctorine of destructibility of contingent remainders, doctorine of worthier title, Rule in Shelley's Case 之类的遗制，继续存在于现代美国的不动产所有权法里的现象。不过，tenure 的概念实际上业已消失，而其他诸项的意义与机能也都有了剧烈的变化……最能够活现英国法的古老面相的是发生在伊利诺伊州关于 seisin 的案件：Fort Dearborn vs. Kline (1885)……鲍威尔在其著作里(R. Powell, *Law of Real Property*, I, 1950, p. 236, n. 70)评论伊利诺伊州的判决是‘时代倒错’、英国古法的‘肉身再现’，接着又说(p. 237)：‘一般而言，和其他各州相较之下，可以说(关于不动产所有权的)英国法在伊利诺伊州的法庭里仍然是个重要的因素。过去的亡灵逸出他们的密室自由出没，至于是否真正有用而能成为现今生活组织的一部分，并未受到认真的审查’。”(*Economy and Society*, Ch. Ⅷ, pp. 803—804, n. 14)

不过，从这样一种状态里根本产生不出理性的法教育与法理论。因为，举凡法实务家，特别是律师，担当起法教育并以行会的方式垄断执业许可之处，某种经济因素，亦即其执业利得，往往会在以下几方面投射极为重大的影响力，亦即让官方法律稳定化，并且专以经验的方式使法律适用于各种不同需求，以及阻碍法律在立法或学术上的理性化。凡是对诉讼的传统形式有任何干涉，以及对委付实务家让契约范型与诉讼范型切合于形式规范与法利害关系者的需求，有任何的干涉，皆会损害到实务家的物质利益。例如英国的法实务家，特别是律师，相当成功地阻挡了体系性及合理性的法创制，也成功地摒挡了我们欧陆大学理性的法教育，在盎格鲁撒克逊诸国里，“律师”与“法官”之间的关系至今仍与我国的情形大相径庭。尤其是对新创制出来的法的解释，全掌握在由“律师”晋身的法官手中，迄今依然如此。所以英国的立法者至今每每在制定新的法律时，都还得特别费心地将法实务家一切可能的“建构”清楚排除出去，因为一如往常一再发生的，这些建构可能与立法者的意图直接冲突。这些可说是内在的、部分而言受经济所制约的、部分则因营利的实务家的传统主义所造成的倾向，积聚出许多极为重大的实际结果。诸如土地登记簿的付之阙如，以及因此理性的抵押信用之不存在的现象，相当程度上是由于律师对其执业利得的经济关怀所造成——基于既有法规的不确定性，土地所有权的调查势在必行，而这项工作即为律师的营运利得所在。这对英国的土地所有分配，以及土地租赁（joint business）的形成方式，造成深刻的影响。

在德国，这样一种身份明确界定且组织成行会的律师阶层并不存在，而且有很长一段时间，也没有所谓的律师强制（Anwaltszwang）[9]，法

[9] 在民事诉讼里，若非具法定资格的律师即不得参与干预诉讼程序，因此强制当事人聘用律师的做法，即所谓的律师强制。现行的德国民事诉讼法亦采取此种做法。

国的情形也是如此。司法集会人团体的诉讼的形式主义的确让“辩护人”的奥援成为必要之事，而对辩护人的义务有所规制也成为普遍性的需求；此种规制的明白发布，最早见于1330年的巴伐利亚。不过，辩护人与律师在此早就区分开来，主要是受到德国承袭罗马法的影响。要求律师接受职前教育，不过是后来才有的事，通常是基于其时身份团体的不满：在那个时代，以罗马法为取向的大学教育业已决定了上层法实务家的教养标准，而且司法的分权化，也使得强而有力的行会根本不可能形成。决定律师地位的，是君主的规制，而非律师本身的自律。

法律思维的训练的**第二种**最为纯粹的类型，是以近代大学里的理性的法学教育为代表。举凡唯独受过大学教育者方能从事法律实务之处，法教育即为大学教育所独占。当今的大学教育通常以实务的见习以及继之再度取得资格证明来加以充实，所以大学里的法学教育如今不论何处皆与经验性的法教育相结合——在德国，至今为止，[10]只有在汉撒诸城市里，光是取得学位便获承认律师资格。大学所建立的各种概念，具有所谓抽象规范的性格，换言之，这些规范至少在原则上是严格形式性地、理性地经由逻辑性的意义诠释而建构起来，并且相互间有着严格的界定。由于这些概念理性的、系统性的性格及其较少具象直观的内容，使得法律思维能够大幅度地自法利害关系者的日常需求中解放出来。在此种解放下，法律理论的纯逻辑性要求及其支配下的实务所散发出来的力量，大大地阻绝了利害关系者的需求作为法律建构之起动力的角色。例如为了阻止“买卖破除借贷与租赁”这样一则源自于古代社会势力关系的命题被纳入德国民法法典中，如众所知的，往往必须费尽心力，然而，终

⑩ 第一次世界大战前。

令其成为法典的要素之一者,毕竟是纯粹逻辑性的贯彻要求。⑪

二　神权政治的法教育

理性的、但就法学上而言并非形式的、法教育之独树一帜的特殊形态,是以**神学院**(Priesterschulen)的法教育或与神学院相结合的法学院里的法教育为其最为纯粹的类型。我们将看到,此种独特性的某些部分是由于,教士(及近乎教士之流者)之于法律所追求的并非法律的形式理性化,而是法律的实质理性化。不过,此处我们首先要观察的是,由于此种法教育的存在条件之形式的特殊性所造成的某些一般性的结果。

这类学校的法教育经常是从某种圣法——不是根据某种圣典而确立的圣法,就是根据紧紧口耳相传或(后来)文书传承而确立的圣法——出发,在某种特殊意义上通常具有理性的性格,换言之,此种法教育较不以法利害关系者的实际需求为取向,而喜于追求因学者的主知主义的自由运动之要求而孕生出来的纯粹理论性的决疑论。在使用"辩证法"的情况下,它亦能产生出抽象的概念,并且因此而接近合理且系统性的法教育。只不过,另一方面,它也和所有的教士知识一样,受到传统的束缚。此种法教育里的决疑论,只要其并非以主知主义的需求而是以实际的需求为要务,那么在以下这种特殊的意义下,即为形式主义的,亦即:此种决疑论必然要借着重新诠释,让神圣不可侵犯的传统规范在实际适用于法利害关系者变化多端的需

⑪ 根据罗马法,赁贷一事纯粹是出租者与租赁者之间的私人契约,所以当土地买卖时,租赁者无权向出租者要求买方同意其继续使用土地。此即所谓的"买卖破除借贷与租赁"(Kauf Miete und Pacht bricht)。中世纪的日耳曼法与此不同,其支配原则是"买卖并不破除租借"(Kauf bricht nicht Miete)。德国民法第571、581条即采用日耳曼法的这个原则。

求时，仍然保持游刃有余的状态。不过，若就创造出理性的法律体系的意义而言，则非形式主义的。再者，它本身也往往盘附着诸多对人们或对法秩序而言理想的要素，换言之，这些要素不过是意味着宗教—伦理的要求，而不是经验性妥当秩序的合逻辑的规整。

与此相似的，是法律学校尽管全盘或部分从教士的直接指导下解放出来，但仍然为圣法所束缚的情形。

就其纯粹外在的形式而言，所有的“神圣”法律都接近某种典型，此种典型以印度法律为其最为清晰的代表。只要圣法并不是像“圣典宗教”(Buchreligion)那样，亦即一定的命令借着书写成文的启示或在灵感激发下作成的启示的记录而固定下来，那么圣法就必须要“原原本本地”被传承下去，亦即透过延续不绝的一连串证人传承下去。不过，即使是圣典宗教这一方，加诸神圣规范的正格的解释及其补充，也还是得靠别种传承途径来加以保证。这就是为什么例如印度教以及回教的法律拒斥以文书来传承的主要原因之一：传承必须要由可信赖的圣者直接地一个个口耳相传下去才行；信赖文书记录即意味着相信纸卷笔墨更胜于那些具有卡理斯玛资质的人，即先知与导师。可兰经本身是一部文书著作——它的各个篇章被认为是穆罕默德向阿拉真神探询后慎重地以文书固定下来而问世的，对此事实，回教教义试图通过这样一个教条，亦即可兰经的各个稿本乃是阿拉自己亲身制作出来的这个教条，来加以正当化，然而之所以有此企图，也正是出于上述的理由。哈迪斯(hadîths)[12]正是以

[12] “哈迪斯”是关于穆罕默德及其教友之言行的传承，与可兰经并列为回教法最重要的法源。哈迪斯分为“依斯纳德”(isnad)与“玛顿”(matn)两个部分。依斯纳德意即可将信赖建置于传承者的陈述上的“支柱”之意，传承的内容以传承者的姓名为锁钥连绵不断地列举出来。玛顿则为“本文”。在哈迪斯里，依斯纳德的部分特别受到重视，传承者是否为人所信赖，足以左右传承内容的权威。

口耳相传为必要条件。通常要到后来的阶段,文书的传承才受到重视,为的是维持住传承的统一性——此种统一性由于纯粹口头的传承而受到威胁。与此相联结的往往是我们早已熟知的典型现象:拒斥新的启示,理由在于卡理斯玛的时代早已过去。在此情况下,对于宗教共同体的"机构"性格而言,最为人们所强调的一个基本命题(最近,冯·赫特林⑬还巧妙地加以定式化)则是:并非由圣典来保证传承与教会教义的真实性,而是反之,由上帝所建立且成为真理之受托者的教会及其传承的神圣性来保证圣典的纯正性。此一态度不仅首尾一贯且实际有效,因为,早期清教徒所抱持的相反原则,屡屡使圣典遭受历史与文献学的批判。

吠陀是印度教的圣典,里头所含的"法律"并不多,至少比起可兰经、特别是律法书(Thora)⑭来,要少得多。吠陀被视为"天启"(shruti,启示),而所有派生的神圣典故则被视为"圣传"(smriti,"记忆"、传承)。二手文献中最重要的两个范畴是法经(Dharmasûtra)与法论(Dharmashâstra)(后者为韵文,前者为散文,后者全属圣传,前者占有中间的地位)⑮,此二者则反之为教义学、伦理学与法学的概要书,并以此而与圣者被视为模范的生活实践与教说的相关传承并存不悖。回教的"哈迪斯"恰与后面这个文献典故相

⑬ Georg Freiherr von Hertling(1843—1919),德国天主教哲学家、政治家。主要著作为 *Das Prinzip des Katholizismus und die Wissenschaft*, 1899; *Recht, Staat und Gesellschaft*, 1906; *Erinnerungen aus meinem Leben*, 3 Bde., 1919—1921。

⑭ Thora 在希伯来语里原来是"指示"、"教示"之意,转而意指以色列人所奉守的生活"原则"。虽然也有将旧约圣经整体称为 Thora 的情形,但人们多半是以旧约圣经的最前面五章(摩西五书)为 Thora,概因其中含有许多的律法规定。

⑮ "Dharma"原来意指"维持人类行为的规范"、"义务"、最高义的"法"。dharma-sūtra 和 dharma-sāstra 亦译为"律法经"、"法典"等,韦伯皆视之为"法书"(Rechtsbuch)。

对应，是关于先知或其伙伴的模范行为的传承，以及先知未被收录于可兰经里的语录。只不过，回教的先知时代被认为业已随着先知的生命而终结。

反之，就印度的法书（Dharma – Bücher）而言，我们在具有圣典宗教性格、而且只有一部圣典的宗教里，例如回教、犹太教和基督教里，都找不到与其相比拟的部分。“法书”，亦即法律通达者的私人作品，其中尤其是晚出的摩奴法论[16]，长期以来在法庭里具有支配性权威，直到各学派做出有系统的编纂品和注释书后，才完全被逐出实务之外，等到英国人征服印度时，这类典籍的第三种代表，亦即成立于11世纪的注释书Mitâksharâ[17]，事实上支配了实务。回教的“逊奈”（sunna）[18]也由于系统性的概要书和注释书成为基准的权威而走上同样的命运（关于这点我们后面还要谈到），旧约的律法书亦是借着拉比在古代及中世纪的作品（在古代为《犹太法典》Talmud）[19]而

---

⑯ 《摩奴法论》（Manu – smrti）为印度婆罗门教法典，系以摩奴法经为基础修订而成。为印度法典中之最古老者，其编成年代约为公元前2世纪至公元后2世纪之间，但其中无疑包含有更早期的资料。据该书自述，系由梵天着成，并传予其后代，即人类始祖摩奴，再由其后代波利估（Bhrigu）传到人间。全书共分12章，含2685偈，内容为关于吠陀习俗、惯例与说教之法律条文，其中诉讼法、民法等规则拙劣不全，适足以显示该法典之古老程度。《摩奴法论》古来即为印度人生活法规之准则，缅甸之佛教法典即依此法论作成，暹逻法典亦根据摩奴法论而成，爪哇亦有《摩奴法论》，巴里岛现在仍实际应用之。中译本详见，蒋忠译，《摩奴法论》（北京，1986）。

⑰ 公元9世纪左右，学者们开始展开对法书的学术研究。以此，产生出许多注释书，进而支配了印度的法律裁判。Mitâksharâ 即是对法论（Dharmashâstra）之一的 Yajnavalkya 的注释书，成立于11世纪后半叶。

⑱ 逊奈意指“行为方式”、某人的“习惯”或“生活样式”。在回教里则用来专指穆罕默德的言行，被集录于“哈迪斯”里。

⑲ Talmud 原来在希伯来语里指“教诲”，后来指被称为“拉比”（Rabbi，Rabbiner）的犹太律法学者的口传或批注的集录。第一部称为密许那（Mis-chna），

有着类似的际遇——尽管程度稍逊。拉比的法律制定在古代以及某种程度上直到现在,是掌握在负责解答实际问题的神学法律家手中,而回教则直至今日仍是如此,然而印度教与基督教则在卡理斯玛预言与 Didaskalie(但其性格上并非法律的,而是伦理的)[20]消失之后,即不再有这类人存在。

不过,印度教和基督教之所以没有这类的法律制定,理由完全不同。依印度法律,国王的家祭司为王室法庭的一员,若有误判,则以断食作为赔偿。所有的重要事情都归王室法庭来管辖。世俗的裁判与宗教裁判因此维持统一,所谓具有解答权的法律名家的这种特许身份并没有存在的余地。相反的,西方的基督教会则为自己创造出宗教会议、主教、教廷等官职机器,就中特别是教皇裁治权(Jurisdiktionsgewalt)及无误的教导职(Lehramt)等其他各大宗教所未见的、为了理性的法创制所建构的各种机关。[21]在基督教会里,宗教会

(接上页)是以摩西律法为中心的各时代的拉比所展开的口传律法,性格上接近判例集,以希伯来语写成。第二部称为噶玛拉(Gemârâ),是针对第一部所加的注释,以当时日常的亚拉姆语书写。现有编成于 4 世纪末的巴勒斯坦(或耶路撒冷)Talmud 和编成于 6 世纪的巴比伦 Talmud。两者在密许那部分是相同的,噶玛拉部分则以后者较为详细。普通所谓的 Talmud,指的就是后者。

⑳ Didaskalia 为希腊文的"教诲"、"教谕"之意。指的是最初的基督教教徒共同体那种以圣灵—卡理斯玛的方式来开展耶稣的教诲。所谓最最初期,是指耶稣的教诲在被权威的著作——例如 Didache of the Apostels(2 世纪)——固定之前,以及基督教徒的生活尚未形成有组织的教会之前。

㉑ 所谓"裁治权"是指教会为了救助灵魂的目的而裁治信徒的权能,包含了立法、司法与行政的权能。教皇的裁治权是普遍性的,遍及所有信徒。根据韦伯的说法,罗马主教自古以来即取得有别于其他主教的特殊权威,而且"此种权威不折不扣的正是一种卡理斯玛。这绝非意指一种首位权(Primat),亦即现代意义下明确的'教导职',也绝非意指一种普遍的裁治权,亦即一种上诉机能,甚或一种普遍与地方权力相竞争的主教职权……一直要到经过法学上的官僚化与知性化的近世教会,才将之转化为一种官职卡理斯玛,并且将职

议的议决与教皇的教令，加上教会当局的法律教示与处置，扮演了回教里传法者(Muftî)的判断(Fetwâ)[22]与犹太教里拉比的鉴定所扮演的角色。因此，印度教的法学是极为纯学术、纯理论和体系性的，全都掌握在哲学家和理论家的手中，并且强烈显示出——至少比起教会法来基本上更为强烈——受到宗教性束缚的理论性与体系性的、而非经由实务所发展出来的法律思考的典型特征。

所有真正典型的“神圣”法律，因此特别是印度的法律，都是学术理论的产物。所以，所有注入于神圣法上的心血总是呈现出许多关于早已过时的制度的决疑论(例如摩奴法论里关于四大种姓的规律，回教诸学派里关于 scharî‘a 所有业已老化的部分)。[23]由于教导的目的和祭司的思考的理性本质占了优势之故，此种法书的组织体系比起未受祭司影响的作品显得更合理的情形并不少见。印度的各种法书基本上就是比《撒克森律鉴》之类的作品更具“体系性”。不过，此种体系性，并非法学的体系性，而是从身份的观点看来或从实际的人生问题的观点看来的体系性。因为，既然法是为了服侍神圣的目的，这些法书就不单只是法的概要书，而同时也是仪式、伦理和在某些情况下社会习律与礼节的概要书。以此，通常的结果是：以

(接上页)务(‘ex cathedra’来自圣座的)与私人区分开来——此种区分乃任何官僚制的特征。”(《支配社会学(Ⅱ)》页 333—334)众所周知的，天主教教会里，“来自圣座的”行为(亦即“基于职权的”行为)与单是私人的行为之间有着清楚的区别，教皇关于信仰上与伦理上所发布的“教皇座宣言”(locutio ex cathedra)是确当无误的，不过，这可不是他以一个神学者的身份所表明的意见。

㉒ Muftî 在阿拉伯语里为“决定者”之意，回教国的法学者，其公开判断即所谓的 Fetwâ。Fetwâ 具有法的约束力，“卡地”必须依此而裁判。

㉓ scharî‘a 为回教的神圣法，原来意指信徒所行走的“道”，包含了紧相联结的世俗的法与宗教义务。它乃是以可兰经和哈迪斯为无误的法源，而由学者们加以学术制作的产物，因此是一个完整的体系，实际上若要应用它来解决现实社会的各种问题，确实弹性不足、困难重重。

决疑论的、因此也就是非直观的、非具体的、就法律而言相当**非**形式的、仅仅相对而言理性体系化的方式，来处理法律素材。因为，在所有以上这些情形里，推动力并不是纯粹法实务家之处理具体直观素材及各种需求的业务经营，也不是纯粹法理论家之讲求教条式的、仅受专门前提所束缚的逻辑，而是与司法的专门营运相异质的、别种实质的原理。

三　欧陆的法律名家与中世纪的"法书"

反之，法教育必然形成另外一种结果，如果其担纲者为法律名家，而且这些人与法律营运实务的关系为职业性的，但又不同于英国律师特有的那种行会的、**营利的**职业关系。这样一种特别从事法实务的名家阶层的存在，整体而言只有在下述状况下方有可能，亦即，一方面，法律经营免于宗教的支配，另一方面，职业负担范围尚未及于城市间交易需求的程度。西方中世纪的北欧大陆的经验性法律家即属于这个阶层。确实，在经贸中心地区，我们也只发现法律名家的机能从法律顾问转移到预防法学家的现象，而且这也只是其特有条件使然。

罗马帝国衰亡后，在意大利能够承续并改造业已发展的交易法传统的唯一阶层，便是**公证人**（Notare）[24]。他们在意大利长期以来便

[24] 根据 Goldschmidt，*Universalgeschichte des Handelsrechts*，S. 151 f. mit Anm. 31，关于商人的法律行为，以及城市和行会的自治的制定法的起草，都是公证人的事务。公证人一旦和法律家共组行会，此一行会即为最为有力的行会。中世纪时，意大利城市里的公证人人数非常多，热那亚于13世纪中叶时有200名，比萨于1292年时约231人，米兰于13世纪末时约400—500人，佛罗伦萨于14世纪时约600人之多。热那亚的公证人 Giovanno 于1154—1164的十年间做出约100份文书，同时稍后的公证人 Lanfranco 所做出的文书亦不少逊。马赛的公证人 Giraud Amalric 于1248年一年之间即做成大约1031件文书。

是占有支配地位的特殊的法律名家阶层。在急速成长的各城市里，他们集结为行会，并且是富裕市民(popolo grasso)[25]极重要的构成部分，换言之，就是政治上有力的名家阶层。商人之间的交易往来，在此打一开始便是以公证人的证书为凭据；各城市——例如威尼斯——的诉讼法，宁可以证书来作为理性的证明手段，而不是古老的司法集会人团体的诉讼里的那种非理性的证明形式。公证人对于有价证券之发展的影响，我们已有所认识；非但如此，一般而言对于法律的发展，公证人亦为最具决定性的阶层；甚至，意大利之所以有富于学养的法官身份阶层的发展，恐怕都还是取决于他们。就像他们在希腊化时代的东方的先驱者一样，公证人在调整地方间的法律的事务上扮演了相当吃重的角色，在接受与承继罗马法一事上亦是如此——不论在古希腊的东方或在意大利，罗马法的承继都是从证书实务开始。公证人本身的传统、其与帝国法庭长期的联结、急需把握理性的法律以应付急速成长的贸易需求的必要性、以及诸大型大学的社会势力等，都促使意大利的公证人接受罗马法为真正的交易法，更何况，和英国的法律人阶层处境相反，并没有行会的、特殊利益的利害关心来绊住他们的脚步。

以此，意大利的公证人在关注罗马法的现代适用改造(usus modernus)与实际参与上[26]，不仅是最重要的而且也是最古老的法律

---

[25] "即此(popolo 取得支配权)所产生的重要社会结果，是城居的门阀与'popolo grasso'(肥仔，fat people)某种程度的融合。popolo grasso(富裕市民)指的是受过大学教育或拥有资本的阶层，他们被组织成七个上层行会(arti maggiori)，亦即：法官与公证人、货币兑换商、进口布商、佛罗伦萨毛布商、丝织品商、医师与药物商、以及毛皮商人的行会。原先，所有的城市官员都必须由这七个贵族所加入的行会里选举出来。直到数次的暴动之后，popolo minuto(下层市民)——小企业经营者——的十四个行会(arti minori)才正式获得参与权力。"(《非正当性的支配——城市的类型学》，页 134)

[26] 依现实世界的情境而将罗马法加以修正、改造，称为 usus modernus Pandectarum。此种修正与改造的努力，德国自中世纪以迄 19 世纪一直持续进行。

名家阶层之一，而不是像英国的律师那样，成为国族法律的担纲者。他们不得不放弃以自组行会的法教育来与大学相竞争的企图，因为，同样的，他们不像英国的法律家那样，由于司法集中于王室法庭而拥有国民的统一性。不过，拜大学之赐，罗马法在意大利终究仍为促进法律与法教育之形式结构的一股世界性力量，而且即使其原始的政治奥援者——皇帝——在政治上无足轻重后仍然如此㉗。意大利各城市的治安首长（Podestate）㉘往往是从受过大学教育的法律名家阶层

㉗ 中世纪罗马法的复兴，实与德国皇帝强烈的政治意图相呼应，亦即罗马法被当成皇帝世界法而与教会世界法相对峙，并且罗马法的国家思想亦被利用来作为权力集中的手段。12 世纪时，罗马皇帝为德国皇帝的前任者，罗马法对德国而言被认为是“古已有之的良法”（renovatio imperii），腓特烈一世于 1158 年的隆加利亚（Roncaglia）帝国议会里招来 24 名罗马法学者，制定“关于国王特权的法律”（Constitutio de regalibus）以为奥援。腓特烈二世则于敕法里引用所谓“元首免受法律的拘束”（Princeps legibus solutus est）的罗马法源。不过，其后，自 13 世纪后半以降，德国即分裂为各邦，帝权逐渐丧失政治势力。另一方面，中世纪末开始有所谓“国王为其王国内的皇帝”之类理论的发展，罗马法转而被利用来支持各国国王和德国各领邦支配者的权力集中。

㉘ “一方面，由于市民阶层要求一个理性的司法行政，另一方面，由于贵族党派间的互相猜忌，使得意大利及其若干邻近地区发展出一种独特的制度，此即 podesta 制：简言之，即一种贵族的职业官吏制度，他们以巡回的方式在辖区内执行业务。……podesta 是个选举出来的官员，在绝大多数例子里都聘自另一个共同体，任期短，拥有最高司法权力，通常都采取固定薪水的制度。……podesta 会带来自己的骑士扈从，以及（尤其是）自己的公务人员——不仅是幕僚，还包括法学者、法庭助理与法庭代理人，换言之，也就是他的整个干部群；他以自己的经费来供养这些人。他的基本任务在维持公共安宁与秩序，尤其是城市内部的和平，这也是为何需要一位外来官吏的缘故。……这个制度最值得注意的地方在于：第一、一个贵族的职业性官吏制度的产生；第二、podesta 制对于法律发展的影响。……基于其本身的性质，podesta 的行政受到当地舆论特别严格的监督，这点除了使得部分的贵族学到如何就事论事地执行其业务外，还有其他重要的影响——亦即上述的第二点。为了让一个他乡出身的 podesta 能够执行司法，适用的法律必须编纂成法典、合理地演绎，而且具有某种程度

当中选取出来的，而门阀（Signorie）[29]也全然仰赖从罗马法里导引出的政治原理。在法国与西班牙东海岸的城市里，公证人的处境亦无不同。

反之，德国与法国北部的法律名家的地位与此全然不同。他们至少在最初极少以城市的法关系为其地盘，而毋宁是压倒性地在农村一领主的法关系里以审判人（Schöffen）或官吏的身份进行法律事务的运作。他们当中最具影响力的类型，诸如冯瑞普高（Eike von Repgow）[30]、鲍曼诺瓦（Beaumanoir）[31]之类的人物，所创造出来的法的

（接上页）的超地区性的标准化。意大利以外的地区，法律之标准化所导致的理性地法典编纂、以及（尤其是）罗马法的普及，主要是由君侯与其官吏基于本身之利益而推动的，在意大利，则是 podesta 制。"（《非正当性的支配——城市的类型学》，页 93—95）

㉙ 关于门阀（Signorie），详见《非正当性的支配——城市的类型学》，页 150 及以下。根据迈尔（E. Meyer）的说法，意大利的 signoria 相当于古代的僭主制。意大利中部与北部自 12 世纪以来即形成各城市自治共同体，就类型而言，历经 consule 制、podesta 制、capitano del popole 制等阶段，至 13 世纪末左右转变成门阀独裁时代，亦即走到 signoria 制的阶段；其后，这些门阀于 16 世纪转化为世袭的专制君主，亦结束了城市自治共同体的时代。signoria 制阶段里的独裁者虽被称为 signore 或 dominus，然而，第一，他们并非世袭的君主，第二，诸如 consiglio maggiore（大评议会）、consiglis de credenza（小评议会）、行会代表、市民总会等自治机关在形式上仍然存在；换言之，此一阶段一方面维持了城市自治共同体的外表，实质上亦为未来的专制君主国家作好准备。正值此一阶段的 14、15 世纪时，集结于 condottiere（佣兵队长）名下的佣兵队在意大利广被利用于 signore 之间的激烈斗争里，这是众所周知的。佣兵队长时有推翻自己所奉事的 signore 而自立为 signore 的例子。

㉚ Eike von Repgow（1180—1233），《撒克森律鉴》的作者，另著有《撒克森的世界史》（*Sächsische Weltchronik*）。自由贵族出身，具有葛拉福（Graf，国王封臣）地位的法肯史坦氏（Hoyer von Falkenstein）的封臣。在一般说法里，他并不是以审判人的身份到处活动，而是以法鉴定人（Rechtsgutachter）和宣法者（Rechtsweiser）的身份活跃于各个法庭，并借此而通晓法律。

㉛ Philippe de Beaumanoir（1226—1296），法书"Les coutumes de Beauvaisis"的作者。此一法书基本上是其故乡波维其地方的习惯法的记录，不过由于鲍曼诺瓦本身亦精通罗马法与教会法，对于理论的问题亦颇为深入，故此法书号称法国的法书当中最伟大的杰作。鲍曼诺瓦本人亦历任各地的 sénéchal 与 bailli。

体系化,多是奠基于日常实务的具体的问题及其基本上经验性的概念——其中仅有少数例外是借着抽象化而提炼出来的。经由他们所编纂的法书(Rechtsbücher),目的在于确立传统,其中虽然也偶有理论性的论述,但很少法学专门的论理。当然,这些作品当中最具重要性的《萨克森律鉴》(der Sachsenspeigel)里固然也包含了不少关于法律制度——尽管实际上并非现行法——的建构,然而作品本身毋宁是作者对于法律之漏洞与缺失极富想像力的补充,而这项填补的工作里,充满了作者对于外型完美的要求及其对神圣数字的喜好。[32] 形式上,作者的体系性的法律记录,和印度、罗马、回教的法律家的作品一样,都是私人的著作。虽然如此,作为方便的概要书,这样的著作仍然给予法律实务相当可观的影响,而且其中某些甚至被法庭认定为可直接作为基准的法源。[33]

这些法记录的作者,一方面是名家裁判的代表,另一方面却又不像英国的律师和意大利的公证人那般,集结为强大的行会而自成一个身份阶层——这样的身份阶层借着本身的营利关怀与对法官地位的独占,汇集于中央法庭的所在地,操弄一股即使国王与议会都无法轻易翦除的势力于股掌之间。因此,他们无法像英国的律师那样,成为行会控制的法教育的担纲者,也无法成为坚实的经验性传统与法发展的担纲者,换言之,力不足以担当起长期对抗理性的大学教育的法律思考和对抗大学训练出来的法律家的重责大任。在形式上,中世纪法书的法律确实有所发展,只不过在体系和决疑

---

[32] 冯瑞普高被认为对"七"这个数字有所偏好。他强调"七"在基督教里特别受到尊重,授封权(Heerschild)也是推到第七等,七等亲为亲族范围之末,在判决非难时,规定七人来决斗,而其他规定要有七人的证言为凭之处亦比比皆是。

[33] 例如《撒克森律鉴》于 14 世纪时取得作为法典的效力,人们认为这乃是由查理大帝所制定的法典;在图林根地区直到 1900 年都还具通用力。《史瓦本律鉴》(Schwabenspiegel, 1265 年左右成立)的情形亦类似。

论方面较欠缺合理性,并且并不那么以抽象的意义解明和法律逻辑为取向,而是强烈倾向于具体直观的区别分辨手段。

四　罗马的法律家与罗马法的形式性质

古罗马的法律家影响法律的方式首先是基于以下的情况:罗马的士绅名家的行政管理,加上精减官吏,而将发布诉讼训令的官吏对具体的诉讼指挥的干预降到最低点——至于这些情况,我们将在后面的一般性观点下再加以讨论。不过,罗马的士绅名家支配的特殊倾向也排除了雅典式人民法庭[34]的"卡地裁判"(Kadijustiz)[35],并且此

---

[34] "直接诉诸民意的政权(plebiszitäre Gewalten)……其正当性是基于群众的信赖与归依,迫使他们在经济领域内强加上实质的公道观念,因此而导致司法与行政的形式性格为实质的(卡地)裁判(革命法庭、配给制度和各式各样对生产与消费的统制)所破坏无余。……伯利克里(Pericles)时代及其稍后的希腊'民主制'即其古典的范例。在古罗马,法官审判案件必须接受法务官的训令所管束,其判决亦必须遵照正式的律令。然而在希腊的'人民法庭'(heliaia)里,判决表面上是以'实质的'公道为依据——实际上则是基于情绪、阿谀奉承以及煽动性的嬉笑怒骂等。这些都清楚的表现在雅典雄辩家的'法庭演说'中。在罗马,类似的现象仅在政治审判中出现——例如西塞罗参加的那种场合。其结果则使得形式法及其法学体系无法在希腊发展出来。因为'heliaia'是个'人民法庭',类似法国大革命或德国苏维埃革命时的'革命法庭'。这些外行法官的审判,也不会只限于政治性案件而已。"(《支配的类型》,页120—122)"heliaia"每年以抽签选出6000名陪审员,再由其中抽签决定应出席某案件的陪审员。出席陪审员的数目视案件的重要性而定,私法事件通常为400—500人,政治案件则有时超过1000名。

[35] "卡地"(Qâdî)是回教国家的法官,特别负责有关宗教案件的审判。韦伯将重视实质的公道、平等和某些功利主义的目的,而无视于法律与行政的形式合理性的审判,称为"卡地裁判"。雅典的直接民主制里的人民法庭(以及总的来说所有各种形态的人民裁判)、革命法庭、近代的陪审裁判、英国治安长官的裁判、绝对王权的"王室法庭"、神权政治和家产制君主的裁判等,皆具此种性格。

种支配倾向与民主制相较之下，例如希腊，更彰显出其特色所在。官吏的诉讼指挥，以及官吏与审判人之间的权力划分，仍然维持。所有这些加在一起，创造出罗马特有的诉讼训令的实务。所谓诉讼训令，即政务官对于从审判人名单中选取出来的市民所下达的指令，市民审判人根据此一严格形式的指令，判断在何种法律与实际条件下应该承认或不承认原告所提出来的要求。

最后，政务官，特别是法务官（Prätoren）和按察官（Aedilen），终于在其就任官职之初便将这些诉讼训令的范型载入其“告示”（Edikt）里，只不过，这与北欧宣法者的宣告（lögsaga）具有拘束力的情形有所不同，㊱罗马政务官一直到相当后期才受到其告示内容所束缚。当然，告示的起草是在法实务家的协力下进行的，也因此而得以适应法利害关系者当下的新要求，不过，整体而言，政务官多半只是单纯地承接其前任者的告示。㊲ 在此情况下，大多数诉愿的理由自然不会是借着具体的事实，而是必然经由使用日常语言的法概念而被确定下来。因此，倘若选择诉讼范型的当事人这方使用了法律上错误的范型，就会招致败诉的结果，这点与我们现在的“诉状的

㊱ 参见第三章注27。

㊲ 罗马的高级官吏如执政官、监察官、护民官、总督、政务官和法务官都有颁布法规的权利（告示权、谕令权），但构成民法渊源的主要是法务官的告示。“任期告示”是法务官上任时公布的施政纲领，在他整个任期内发生效力，又称为常年告示。年年公布的这些法规除了少许变动，绝大部分前后承袭，逐渐固定下来，而成了“传袭告示”（pars tralaticia, edictum tralaticium），又称“传统成规”。这些成规并未经过立法，只是司法中依循的一些惯例，但由于法务官的告示实际适用于司法上，所以对罗马法的发展所起的作用最大。不过，法务官不受其前任告示所拘束的情形到大约公元125年结束。125年哈德良皇帝授命当时的首席法务官裘利亚鲁斯（Salvius Julianus）将过去的成规加以系统整理以为定规，此即所谓“永久成规”（edictum perpetuum）。从此之后，法务官虽每年仍公布成规，但已失去修改或增删的权力，唯有皇帝才有权如此。

事实记载”(Klagesubstantiierung)的原则正相对反——在此原则下，被提示出来的事实若不管在何种法律观点上皆能正当化当事人所申诉的要求，那么光是事实的提示便足以成为诉愿的基础。显然，将各种概念极为严格地在法律上固定下来的必要性，在“事实记载主义”(Substantiierungsprinzip)下要比在罗马的程序里要来得小多了；罗马的程序迫使实务家不得不对日常的法律概念做出极为严格且尖锐的区别与界定。即使下达诉讼训令的政务官将其诉讼指示紧系于纯粹事实的要件上(事实诉权，actiones in factum)[38]，但由于法律思考的上述技术，解释依然具有一种严格形式的法律性格。在此情况下，法律技术的实际发展首先即相当广泛地委之于“预防法学”，亦即托付于法律顾问家的活动上；他们不仅为当事人起草契约范型，同时也在政务官的“顾问会”(consilium)[39]——罗马的任何官

---

[38] “程序书”(formula，参见第一章注 14)至少包含三个部分，分别是表示原告之请求的“请求表示”(intentio)、表示请求的原因何在的“请求原因的表示”(demonstratio)以及对审判人的“判决权限之付与”(condemnatio)。若“请求表示”是根据市民法而作成时，此种诉权即为“法律诉权”(actio in ius concepta)。例如，所有物回收诉讼的程序书的请求表示为“奴隶某根据罗马市民法为原告所有物是明白的事”。相反的，尽管不是市民法上的法律关系，但由法务官给与保护时，“请求表示”即根据事实而作成，那么此种诉权即所谓“事实诉权”[actio in factum (concepta)]。此时的请求表示则例如“原告某将银制桌子寄托于被告某，后来被告某因恶意而不将此物返还原告某，此事是明白的”。附带一提，关于寄托，无论事实诉权或法律诉权皆被认可，若为法律诉权时，其请求表示则为“由于原告某将银制桌子寄托于被告某，所以基于此一事实，被告某应当遵循市民法上对于原告的信义诚实而将原件交还”。

[39] 皇帝或政务官在重要的问题上往往会自行选任知交友好或有经验者组成顾问会来提供意见。尤其是在担当裁判的政务官所召集的顾问会里，法律家扮演了重要的角色。法务官和按察官主要并不是因为他们拥有专门的知识，而是基于政治、身份的关系而被选任的，年纪较轻，况且任期也短，所以只是把此等官职看成是可以让自己的地位逐层攀升至高官的踏脚石。

吏于草拟告示和诉权范型时都典型采用的顾问会议——里以专家的身份参赞事宜，并且最后，也为负责审判的市民在处理政务官所交付的问题上和解释政务官的诉讼训令上提供意见。

根据传统，凡此意义下的顾问活动，起初似乎全都是掌握在神官(pontifices)的手中，[40]每年都要从其中选出一人来担当此任。在祭司颇具影响力的此种情况下，尽管有十二铜表法的编纂，裁判本身可能很容易就沾染上受宗教所束缚且非理性的性格——类似回教的传法者的顾问活动为了穆罕默德法而产生的性格。因为，对古罗马法的实质内容而言，宗教的影响力似乎的确只扮演相当次要的角色，然而若就其纯粹形式的层面——亦即其在世界史上最为重要的性质——而言，正如戴米里乌斯(Demelius)至少针对某些重要的案例所证实的那样，[41]宗教法的影响力显然是相当可观的。像诉讼的拟制这类法技术上重要的制度，好像就是在"造假成真亦无不可"(simulata pro veris accipiuntur)[42]这个宗教法的根本命题的影响下成立的。这让我们想起，在许多民族的死者崇拜里，"假装行为"(Scheingeschäft)所扮演的角色，尤其是当某些仪式的奉行在形式上被绝对彻底地固定下来时，"假装行为"更是在所难免[43]：一个本质上市民的社会，对于这种经济上极为累赘的义务加以实质履行的嫌

[40] 参见第3章注61。

[41] 参见 Gustav Demelius, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, 1858, speziell §§2—4（S. 8—37）。

[42] 英译者认为这个命题("the simulated transaction is regarded as the [true] one")意思是指不必动物本身，光是其形式(例如以面包或蜡像方式来形塑)就可以当作牺牲。

[43] 根据韦伯的说法，灵魂、神祇与精灵等观念一旦形成，便会产生出以下种种事态："由于这些存在是无法以任何具体的意识来掌握或认知，它们具有一种背后世界之存在的性质，通常只能透过象征及意义的媒介才能接近，因此显示出来的只是影子(有时则是完全不真实的)……因此必须努力去影响在

恶，必然非常强烈地趋使他们借着假装履行的方式来加以回避。罗马人生活实质上的世俗化，加上祭司阶层在政治上的失势，都促使这种嫌恶转变成一种以纯粹形式主义及法律的方式来处理宗教事务的手段。在市民的交易里预防法学上的方法论之早期发展本身，当然也更加强化了此种方法在宗教领域内的运用。不过，我们可以自信地说，最早的方法在相当大的程度上是着落在宗教法领域内的。

早期罗马法的一个最为重要的特色，便是其非凡的分析性格——在冯耶林（von Jhering）早已过时的许多见解中，至少这点还是妥当的。不管是诉讼上的问题的提出，乃至于法律行为上的形式主义，都被置于逻辑上“最为单纯的”事实里来加以分解。一件诉讼只针对一个问题，同一个问题只有一种诉讼；一个法律行为只针对一个事项，一个承诺只针对一项给付（因此必然是单方面的）等[44]。将日常生活具体的事实复合体分解为法律上性质单一明确的要件行为，事实上正是古罗马市民法功成身就的重大倾向，而此种倾向在方法学上极具深远的影响。然而，另一方面，在把握具体的法律制度上所需的建设性的综合能力方面，却也因此深受其害，因为具体的法律制度乃是未经逻辑分解的法律想像的产物。

（接上页）具体事物中展现其自身的灵异力量。作法则是通过向一个精灵或灵魂致意的行动，因此也就是通过‘意味’着某事的手段，亦即象征。……如果死者只能透过象征性的行为才能接近，如果神祇只透过象征来展现自己，那么，尸体也许会满足于象征性行为，而非真实的事物。结果是，祭祀的面包以及代表死者之妻与仆人的人偶取代了真正的牺牲。有意思的是，最早的纸币是用来付给死者而非生人的。类似的取代亦出现在人与神及鬼的关系上。逐渐地，事事物物超越其实际（或可能）的内在固有效用而‘意义化’，人类也企图借由有显著象征意味的行为以达成现实具体的效用。”（《宗教社会学》，页 8—9）

[44] R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Bd. 2, S. 549 ff., Bd. 3, S. 27 ff., 145 ff., 198 ff.

不过，此种分析的倾向极为精准地相应于罗马国民宗教内部处理宗教义务的最原始方式。在此，我们不禁想起，真正罗马固有宗教（religio）的特色，尤其是对努米那神（numina）的权限加以概念性、抽象性、彻底"分析性的"划分一事，乃是蕴生于对宗教问题之高度理性的、法学的处理方式。[45] 根据传统，神官早已创造出关于何种诉

---

[45] "与希腊之道相反的，罗马人始终拒绝狂迷忘我或神秘类型的宗教。而显然的，巫术力量之分歧化发展的能力，是远不如已被接受为具有人格之'神'的'权限'来得有弹性。罗马的宗教仍然是 religio——不管就语源学而言，此字是来自 religare（再结合），或来自 relegere（再思索）；它意味着与验证有效的祭典形式的一种联结，以及对所有类型的、遍布各处的神祇（numina）的一种'顾虑'。…… 罗马僧侣的神册（indigitamenta）中列有无以数计的、个殊化与特定化的神祇，每一个行动（实际上可说是每一行动的所有具体因素）皆在特定的'神'（numina）的影响之下。因此，当罗马人要从事一项重大事务时，首先要做的就是恳求及崇奉——除了 dii certi （确定之神），这些神已由传统赋予固定的职责与影响力——种种身份不明的神（incerti），这些神的权限尚未确定，实际上，连他们的性别、能力甚至存在都还有可疑之处。大概有一打左右的'确定之神'可能是跟农事有关的。虽然罗马人认为希腊人的忘我（Ekstasis，拉丁文则是'迷信'superstitio）是一种精神错乱（abalienatio mentis），且违反社会秩序；然而，罗马'宗教'的决疑论（伊特拉士坎人也一样，他们甚至更沉迷）对希腊人而言，则是一种奴隶性的敬畏神祇（unfreie Deisidämonie）。罗马人关心的是如何使神祇满意，这种态度导致他们将所有的个别行动以一种概念性的分析方式分解成不同的构成要素，每一个要素皆在一个特定的神的权限下，而且亦享有其特殊的保护……列于罗马神册上的神祇（numina）——这些神祇是基于一种纯粹概念性的分析，因此也就是一种思维的抽象化过程而出现及正式列名的（indigitieren）——远超过其他任何地方，对罗马人而言，祭典的奉行是完全集中在此一程序上的。从这种抽象化……所导出的罗马人生活方式的主要特征是，不断地锻炼一种实践的、合理的、神圣律则的决疑论，发展出一种神圣的预防法学，并且（就某种程度而言）倾向于将这些事务当作法律辩护的问题来处理。准此，神圣律则孕育出理性的法学思想。……罗马人强调的重点永远是，从神圣律则及国家法律的观点来证明任何发生的制度改革的'正确性'。在罗马人的思维中，只有法律的格式——而非原罪、处罚、忏悔与救赎——才是中心问题。"（《宗教社会学》页 13—15）

愿方被允许的明确诉权范型。不过,此种神官的法律技艺似乎一直是身份性独占的秘教。从宗教性的法发现中解放出来,一直到公元前3世纪才发生。根据传承,致力于建立僭主制的户口总监阿·克劳底乌斯(Ap. Claudius)[46]的一个解放奴隶公开发表了神官的诉权范型。而且,听说第一个平民大神官科隆坎尼乌斯(Ti. Coruncanius)[47]是首位面对公众的解答者(Respondent)。

自此之后,政务官的告示才踏出第一步,发展成为后来重要的角色。同时,平民法律名家开始以法律顾问和代理人的身份填补其间的空隙。法律顾问的意见是以口头的方式传达给当事人,以书面的方式提交给聘任他的官方,不过,就像卡理斯玛型的法律通达者的神谕和回教传法者的判断一样,没有附加任何理由——这样的形式,直到帝政时代依然没变。然而,专门的训练和职业性的法律活动也随着需求的增加而逐渐扩展,而这早在共和时代就已促成形式的法教育的发展,并且,学徒也获准参与这些法实务家的顾问活动。于此,实际妥当的法律及其诉讼上的种种处理之所以必然带有形式与理性的性格,除了上述契机之外,当然也是因为法实务的对象所致,亦即:以目的契约的形式进行的**城市的**交易活动。这不同于德国中世纪时,农村关系为重心所在,所以主要关怀必然集中在社会位阶、不动产所有、继承法与家族法上。

---

[46] Appius Claudius Caecus,公元前4世纪后半叶的政治家,毕生致力于扩展解放奴隶与非土地所有市民的权利、石板军用道路(Appia)的铺设及罗马城引水道的贯通。他于公元前312年任户口总监,307年与296年任执政官。根据庞蓬纽斯(Pompunius)的记载,他的解放奴隶之子,也就是他的秘书Gnaeus Flavius公布了神官团的诉权范型的集录。

[47] Tiberius Coruncanius,罗马政治家,于公元前280年任执政官,是第一个以平民身份就任大神官职者(公元前254—前253年),也是首先公开教授法律知识的第一人。

反之,直到帝政时期,罗马法不止缺乏综合一建构的性格,而且连理性的系统性格也远比世人有时所认为的还要差得多。最后终于将此种体系性赋予罗马现行法的,是拜占庭的官僚制。不过,在关于法律思维的形式的严格性方面,拜占庭官僚体制的表现远远落后于共和时期和元首制时期法律顾问们所做出的贡献。令人注意的是,在法律顾问的著作当中,于体系性方面最为管用的一本入门的法律学习概要书,亦即盖尤斯(Gaius)[48]的《法学提要》(Institutionen),不仅作者默默无闻、在世时可说是毫无权威可言,而且特别是,他并不属于法律名家的圈子;这部作品的地位,相当于现代置于法律学者的著作之旁、由教书匠所写成的教科书。只不过,和现代不同的是,罗马从事实务的法律家,亦即盖尤斯并不属于的那个圈子,他所书写的作品,并未具有学院教育所蕴酿出来的那种理性的法律体系的性格,而且,多半不过是将个别判例稍加合理编排的集录罢了。

从事顾问活动的法律家在罗马一直是个特殊的名家贤达阶层。对罗马的有产阶层而言,他们有如一切经济问题上的“告解神父”。至于在较早时代是否发给从事解答活动的正式许可——就像西塞罗在某些只言片语上所提示我们的——并不确定,后来则断无疑义。随着法律思维上的逻辑洗练度的逐渐提升,从事解答活动的法律家也逐渐从昔日预防法学的方法以及个人草拟章程的身份当中解放出来,并且在共和末期集结成若干学派。[49] 确实,共和时期的罗

[48] 盖尤斯为罗马2世纪时的法学者,虽以其《法学提要》闻名于世,但生平事迹却鲜为人知,甚至连其氏姓亦不传。他并未获得解答权,亦未出任公职,但在古典时代过后,却声名大噪,426年的“引用法”即公开确认他的权威。“引用法”详见本章注60。

[49] 据说在共和制末期,拉倍欧(Marcus Antistius Labeo, vor 公元前42—公元10/22)与卡匹都(Gaius Ateius Capito, ? —公元22年)两者对立,继而产生Proculiani和Sabiniani这两个学派。不过,也有学说主张,这两个学派肇端于前一个世纪Servius Sulpicius和Quintus Scaevola这两个法学者的对立。

马，正因为特具政治性的审判人法庭（不当征收法庭，Repetundengerichte）[50]越来越赋予近似人民裁判的性格，所以也显现出雅典那种广为人知的倾向，亦即，法庭辩士（Gerichtsredner）——例如西塞罗——的所做所为，与其说是理性的，倒不如说较为煽情而且“对人不对事”（ad hominem），因而削弱了对概念的精确建构。不过，在罗马，这种情形几乎只发生在政治性诉讼上。

到了帝政时期，司法终究成为专门的行当。部分法律顾问，借着奥古斯都的特权授予，亦即其解答（responsa）对法官具有拘束力，因而在司法上拥有官方的地位。以此，这些法律顾问不再是当事者的辩护人（causidici），也不再是个以日常实务和利害关系人的需求为其思维训练之取向的律师行会。与一切纯然的律师业务经营问题划清界线，法律顾问们就此全心专注于鉴定法律判断时所必须提交的事实，亦即

---

[50] Repetundae 是指州省长官滥用职权不当征收来的财产。每当此事发生，元老院即互选审判人组成审讯会（quaestio）来加以审判。公元前 149 年的卡普尼乌斯法（lex Calpurnia）将此审讯会改为常设（常设审讯会，quaestio perpetua），并判决不当征收额当如数返还。其后，公元前 123 年的森普罗尼乌斯法（lex Sempronia）则将从来都由元老院议员所垄断的审判人地位一举委托给属于骑士阶级的人（equites），而公元前 122 年的阿奇里乌斯法（lex Acilia repetundarum）则将整个程序详细规定下来。依此规定，元老院从每年被选出的法务官当中选择一人来担任审讯会的主持人，原告于登录为审判人的 450 人当中选出 100 人，然后通知被告，被告再于这 100 人当中选出 50 人，而由这 50 人组成审讯会，若审讯会判断被告有责，即作成加倍返还不当征收额的判决。除了关于不当征收设有常设的审讯会之外，到了苏拉时代（Sulla，于公元前 82—79 年为狄克推多专政），举凡有关选举的不正行为（ambitus）、国有财产夺取罪（peculatus）、不敬罪（crimen laesae maiestatis）、杀人罪（sicarius）、作伪罪（falsum）等，通通设置了常设的审讯会，由八名法务官分别主持其事。有人认为此等常设审讯会是起源于希腊，而其与希腊的法庭也的确有着类似的侧面，也为法庭辩论提供了绝佳的场所；本文中的 Repetundengerichte 采复数形，或许所指的不止是狭义的“不当征收”审讯会，可能还包括了上述所有的各种常设审讯会。

由律师和法官或其中一方预先整理好的事实：这确实是做出严格抽象的法律概念建构的良机。以此方式，法律顾问家得以和真正的法律经营保持十足距离，以便其通过学术性的方法将具体事物化约为一般性的原则。这样的距离比起英国的律师所保持的还要来得大，在英国，律师始终是当事者的代理人。不过，学派间的争论正是达成获取一般性原则的手段。透过其具有拘束力的评鉴，法律解答者支配了司法。解答本身，至少在当时，也像智者的神谕或传法者的判断，并不附带任何理由。不过，这些解答开始由法律专家收集起来并加以刊行，而且逐渐附加上法律上的理由。针对法律事件而为“听讲者”（auditores）进行学院的讨论与争辩，发展成准许听讲者出席顾问活动进行的场合；不过直到共和末期，这才成为一种固定的教育课程。

正如对希腊哲学渐增的正式学习在法律思维上占有一定的意义，希腊的哲学学派也明显成为法律学派外在组织的模范。正是从法律学派的这种教学与出版活动出发，罗马法从最初强烈的经验性格（尽管概念精微），逐渐发展成技术越来越赋予合理化且具学术精纯性的法律体系。然而，和法实务相较，理论的法训练一直只占次要的地位，这说明尽管法律思维已迈入高度抽象化程度，抽象的法律概念——若非以实务上的利益为服务对象，而是以本质上体系性的需求为服务对象时——却几乎没有什么进展。例如乍见之下异质性的多种事实关系，被统一涵括于所谓“借贷”（locatio）的范畴之下，便会有重要的实际归结伴随而来。[51] 反之，所谓的“法律行为”

[51] 罗马法的 locatio conductio 虽然在传统上被分类为 locatio conductio rei（借贷）、locatio conductio operarum（雇佣）、locatio conductio operis（承包），但是罗马法本身直到最后阶段仍未知这三种分类，而是观念上完全统一的 locatio conductio：赁贷者、被雇者、订购者被赋予 actio locati（贷主诉权），承借者、雇主、承包者被赋予 actio conducti（借主诉权）。大概是认为借贷时是由赁贷人将借贷的目的物出借给承借者，承包时是由订购者将加工材料出借给承包者，雇佣时是由被雇者将身体或劳务出借给雇主，以此，诸多关系事实被统一涵摄于同一个范畴下。

(Rechtsgeschäft)的概念建构,至少并不会产生出实际上的归结,因为它原本是要为我们的体系性的需求而服务。所以,法律行为的概念,以及诸如“请求权”、“处分”等类似的概念,是古代的罗马法所没有的,而且,罗马法的体系直到查士丁尼时代也仅有相对低微的理性化程度。概念的洗练,通常总是与具体的诉权范型和契约范型相联结方能获致。

不过,这种概念的洗练之所以能导引出现今我们所知的各种结果,主要出于以下两个理由。首先,关键性的是,司法——尤其是包括法律顾问家的活动在内——的全盘世俗化。回教传法者的判断可说等于是罗马法律家具有拘束力的解答。他们亦是具有官方认证资格的法律顾问。不过,他们所受的训练是在回教的大学里完成,这些大学确实是依照晚期被官方承认的东罗马法律学校的模式发展而来,并且在古代哲学的形式训练的影响下,至少于某段时期里发展出与古典时代相类似的方法。虽然如此,教育主要仍为神学教育,再加上宗教与传统的束缚、神圣法之不明确与实际极不安定的状态——既无法废止又无法实际施行、以及伴随着受圣典所拘束的神权政治的裁判而来的其他各种特征,上述那种发展的胚芽遂一再折损,法教育也因此仅限于对法律素材的高度机械性与经验性的学习掌握,以及与生活无关的纯理论性的决疑论的运用。

罗马法之所以不同于回教法的第二个理由,是法庭的组成方式,以及经济的理性化因政治所造成的限制。罗马法的发展里,完全见不到神学要素的踪影。罗马的法律解答者及其弟子们的法律思维是极为精密的,尽管此种思维的产物仅具有相对合理的体系化程度。纯粹世俗且越来越赋予官僚体制化的后期罗马国家,遂将此种产物加以取舍选择而作成世上无与伦比的“学说汇纂”(Pandekten)[52],并且通过

[52] 关于查士丁尼大帝的法典编纂以及“学说汇纂”的要义与内容,参见第二章注159。

本身的法律创制而加以体系性的补充,以致数百年后仍为中世纪的大学教育提供法律思维的素材。

自帝政时期起,罗马法除了昔日固有的**分析**性格之外,早就添加了另一个要素,亦即法律概念越来越赋予强的**抽象**性格。在某种程度上,此种抽象性格先前就已预定在罗马诉讼形式的本质当中。换言之,在这些诉讼形式里,而且无论是哪一个形式,事实关系无不是以一种法概念来表现。不过,这些概念的建构方式却使得法律实务家们,特别是预防法学家、律师和法律顾问们,能够有机会将各种极为不同的经济事态统摄于一个适当的概念之下。对新经济需求的适应,借着老概念的理性诠释和延展而大多得以实现。以此,法逻辑与法建构的工作被提升到法律在纯粹分析性方法的基础上力所能及的最高境界。戈尔德史密特已正确指出,诸如:借贷(locatio conductio)、买卖(emptio venditio)、委任(mandatum, 特别是 actio quod iussu, 亦即基于命令的诉权)[53]、托管(depositum)等概念,具有非常大的弹性,尤其是要式口约(stipulatio)和偿还约定(constitutum)[54],在关于以确定金额来支付债务——现今我们是以票据交换或其他受法律保障的方式——的大部分事情上,具有无限宽广的利用可能。

罗马的法律逻辑的特殊性,正是从它既有的形式条件下生长出来的,而若与英国的预防法学的作法相比较,此种特殊性便特别明显地展露出来。英国的预防法学也往往极为大胆地利用、援引各种

---

[53] 罗马法的 mandatum 是无偿的,有偿时则变成 locatio conductio operarum。查士丁尼大帝的法律里,财产事务管理(procuratio)也被吸收到 mandatum 里。当家长命令且授权给奴隶与第三者进行交易时,第三者有直接对家长提起告诉的诉权。船长诉权和管理人诉权(参见第二章注 114)也是此种诉权的一种变形。

[54] constitutum 为既有债务的偿还约定。原先是债务者为了请求延缓支付确定金额的支付债务而缔结的约定,后来则成为为了种种目的(例如履行期的提前、履行场所的变更及转变为自然债务的诉求可能等)而缔结的约定。

法概念来为常五花八门的事实关系创造法律上的诉求可能性。但是,只凭两者的作法,便显见其间的差异,譬如,一方面,罗马的法律家是利用所谓“命令”(iussus)的范畴来建构出信用保证与指定(Anweisung)[55],另一方面,英国的法律家则是从所谓侵害(trespass)的违法行为概念出发[56],为许多全然相异的契约争取到追诉的可能性。后者是将法律上异质性的东西掺杂在一起,以求在迂回的方式下获得法强制,反之,前者则是让经济上(外在的)各种新的事实包摄于一个合适的法概念之下。

然而,现今被视为“罗马”特有的许多法律概念的抽象性格,并非原生于罗马的,甚至有一部分根本不能说是古代的。例如常被讨论到的罗马的所有权概念,便是罗马法脱去其民族性格而转化为世界法后,方才产生出来的。在原来的罗马法里,所有权决不是个特别被“抽象地”规制出来的制度,甚至还不是个统一的制度,直到查士丁尼大帝抹除了各种所有权相互间根本的差异、或者至少是将显现于土地法上的所有权限定在少数形式上,[57]再加上有必要由特示

---

[55] 根据 Goldschmidt 的说法,mandatum 及 iussus 在罗马法里是个极为宽广的范畴,而韦伯此处的论点,尤其是委托与指定转变为现代形式的重要意义,即承袭此一说法而来。英译者指出,其他学者对此说法甚有保留,参见 W. W. Buckland, *Textbook of Roman Law* (2nd ed., 1932); P. Jörs, *Römisches Privatrecht* (2nd, ed., by W. Kunkel, 3rd ed., 1949)。关于“指定”(Anweisung),参见德国民法典第 783 条以下的规定。

[56] 参见第二章注 43。

[57] 在罗马法里,市民法上的所有权(dominium ex iure Quiritium)唯有当主体是罗马市民、而客体的不动产是罗马乃至意大利的土地时方才成立。因此,非市民所具有的、万民法上的所有权,以及对各州省土地的所有权等,都与市民法上的所有权各别分开来处理。并且,关于同一对象,除了市民法上的所有权之外,尚有法务官法上的所有权(所谓“in bono habere”),前者甚至有退化为“虚有权”(nudum ius Quiritium)的情况发生。以上种种所有权最终被统一起来,是在查士丁尼大帝时代的事。

命令(interdictum)来保护的诉讼条件和社会条件都灭绝了之后[58],中世纪时对于学说汇纂的概念内容的分析里,才得以将 dominium(所有权)和 possessio(占有)这两个制度当作完全抽象的法律要件来加以参究。至于其他许多制度,情况亦与此无本质上的差异。总之,罗马原生的大多数法律制度的原始性格,本质上并不比日耳曼的法律制度更抽象。

不过,学说汇纂的特有形式,响应了罗马的国家形态的独特转化。法律思维的精纯化本身,如我们先前所说的,在方向上部分而言是各种政治关系的结果。尤其是,这些政治关系在共和制时期和帝制时期各以不同的方式影响着法律思维的方向。在古代司法裁判和顾问法学里所见到的、极具重要性的技术特色,如前文所述,至少在本质上,是共和时期的法律名家支配的产物。另一方面,此种支配却未必全然有助于被选出来短期担任官职的政治高官的真正法学专门训练。十二铜表法的知识素为学校教学的对象。然而,各种法律知识却大多是共和时期的罗马官吏通过实务方才学习掌握到的。至于其他的知识,则全都委诸法律顾问来提供。

---

[58] 所谓"特示命令"(interdictum)是指为了使诉讼顺利进行或公共秩序得以维持的必要情况下,政务官、尤其是法务官根据当事人的申请而下令进入特定状态、或下令禁止妨害已发生之状态的命令。此种命令带有一种行政处分的性质,而内容则各式纷陈,其中特别是让占有得以保持的特示命令(interdictum retinendae possessionis)、以及让占有得以回复的特示命令(interdictum recuperandae possessionis)最为重要。关于各属州的土地,由于在市民法上的所有权并不成立,所以用此方法来加以保护。有必要以特示命令来保护的"诉讼上的条件"之所以消失,是由于程序书之运用而使事实诉权获得承认,并且在进入元首制时代后非常审理程序之广泛实行。在"社会条件"方面,由于罗马市民权的扩大——到了 212 年原则上帝国的全体住民皆为罗马市民,以及由于意大利的土地也要课征税赋因而与属州土地并无差别之故,有特示命令之必要的社会条件遂告灭绝。

反之，帝制时期的行政及皇帝所任命的官吏，连带其理性化与官僚体制化，都强烈促进了体系性法学研究的必要性，尤其是在州省的行政管理上。这种经常伴随着支配的官僚体制化而来的一般性结果，我们将在后面更大的问题关联里再加以讨论。举例来说，在英国，由于未有官僚体制化的情形发生，所以法律的体系性合理化也只是在原地踏步而已。只要担任顾问的法学者仍以法律名家的姿态支配着罗马的司法裁判，那么体系化的要求动力便疲软不济，政治力介入法典编纂与体系化的事更不可能发生。塞弗留斯(Severus)王朝[59]治下，罗马贵族的没落宣示了法律解答者身份角色的式微，同时，与此相应的是，皇帝的敕法对于法庭实务急剧攀升的作用。法学教育——后来是在国家所认可的学校里进行——所采取是以法律家的著作为**文献**读物的方式。法庭实务亦以这些著作为权威的法源，若互有抵牾时，则由皇帝借着所谓的"引用法"(Zitiergesetze)来确定这些法学著作间的多数决及优先顺位。[60] 因此，解

---

[59] 塞弗留斯王朝是指 Septimius Severus 帝(193—211)到 Alexander Severus 帝(222—235)的罗马朝廷。前者为带有迦太基血统的非洲人，其妻则为叙利亚人；他不顾罗马的传统而断然实施新的政策。譬如将意大利人从他们向来所独占的近卫军里剔除、强化近卫都督(praefectus praetorio)的权限、没收政敌的财产而设置皇帝私人的金库、礼遇骑士身份、轻视元老院等，强化军事独裁的性格。其子卡拉卡拉(Caracalla, 211—217)亦倾向此一发展，并于212 年颁布著名的安东尼努斯敕法(Constitutio Antoniniana)将罗马市民权原则上扩展到全帝国的住民身上。

[60] "引用法"(lex citationum)最初是由君士坦丁大帝于 326 年所发布，此法在于禁止引用保路斯(Paulus)及乌尔比安努斯(Ulpianus)二人对跛比尼安努斯(Papinianus)著作的批注。后来他又于 328 年的引用法里确认保路斯的其他著作、尤其是所谓"保路斯断案录"的效力。最有名的引用法是西罗马皇帝瓦伦蒂利恩三世(Valentinian III)和东罗马皇帝狄奥多西二世(Theodosius II)于 426 年所发布，此法只承认盖尤斯(约公元 120—190 年)、跛比尼安努斯(约公元 150—212)、保路斯(？—222 年，跛比尼安努斯的学生)、乌尔

答集在罗马便取得了判例集在(英国)习惯法里的地位。此种状况决定了学说汇纂的形式,以及古典法律家的著作(至少是被采录于学说汇纂当中的部分)之流传后世。

(接上页)比安努斯(约公元 170—228 年,跋比尼安努斯的学生)、莫德斯悌努斯(Modestinus,? —250 年,保路斯的学生)等五大法学家的见解为权威,当这些学者间的见解不一时,则顺从多数说法,当赞否同数时,则采跋比尼安努斯的见解,当他的见解并不存在时,则由法官自由判断。

第五章

法的形式理性化与实质理性化、神权政治的法与世俗的法

一 法律形式主义的意义及其一般条件

从上面的论述里，我们触及了一个重要且时常要面对的问题，亦即政治的支配形态对于法律的形式性质会造成何种影响。这个问题的终极解析，自然是要以支配形态的分析为前提。此种分析有待我们后面再另文交待，但此处可先行提出若干一般性的观察。

古老的人民裁判——原本是氏族间的赎罪程序——无论何处

皆是借着君主和政务官的权力（禁制权、公权力）①或（有时候）组织化的祭司权力而摆脱其原始的形式主义的非理性，并且，其法律内涵也持续受到以上这些权力的影响。影响的方式则依支配性格之不同而各有特色。

君主和教权制支配者的支配机器愈是合理性，亦即其权力运作愈是通过“官吏”来进行，那么在其影响下的司法裁判，无论是内容或形式上，便愈具有的合理的性格——当然，所谓合理性的意味各自有所不同。同时，这也将使非理性的诉讼方法被排除，而实体法也愈来愈体系化，换言之，这通常意味着朝向理性化的方向发展。例子诸如：古代的政务官法和法务官法的诉讼手段②、法兰克诸王的敕令法③、英国国王和大法官的诉讼上的革新④、教会的审讯诉讼程

---

① 禁制权（Bann，bannus）是指（1）附有罚则的命令或禁令，（2）如果违反此种禁制令时所被科课的违禁金（Bannbuβe），（3）因禁制所导致的状态（例如禁猎林，Bannforst）。禁制权和发布上述这种禁令的权力，原来是法兰克国王所独占的权力，后来葛拉福等国王官吏和贵族们也取得了这种权力。所谓具有禁制权，指的是对那些与自己并无人的（人身奴隶）或物的（农奴）从属关系者，亦即对“家从属者”之外的人，具有“政治的”权力之意。关于“公权力”的概念，参见第一章第六节及第三章第四节的讨论。

② “政务官法”（ius honorarium）是指法务官和其他职司裁判的政务官，以其“告示”为基础，针对无法与世推移的严格市民法（ius civile）的规定，无论是为了推进这些规定的旨趣（adiuvare）、或为了补充规定的缺漏（supplere）或者更进一步为了改废市民法上的规定（corrigere），而发展出来的法。由于政务官职是一种“荣誉”（honor）的地位，所以这种法又称为 ius honorarium。“法务官法”（ius praetorium）则是政务官法的核心部分，“法务官法上的诉讼手段”，式样繁多，诸如事实诉权（第四章注 38）、特示命令（第四章注 58）、准诉权（actio utilis）等。

③ 参见第三章注 58 的“部族法典附加敕令”。

④ 关于“国王”在诉讼上的革新，例如亨利二世之导入陪审制（参见前文第三章第四节）；至于“大法官”（chancellor）的部分，参见后文第六章第一节。

序(Inquisitionsprozedur)[5]等。然而,这些支配权力之所以明白地显现出此种理性的倾向,只不过是基于其自身的理性行政利害之所需(例如教皇的教会统治),或者因为其本身与极为关心法律与诉讼之理性性格的法利害关系者的有力团体——例如古罗马时期、中世纪末期和近代的市民阶级——结为同盟之故。

若无此种联结,则法的世俗化,以及严格形式的法律思维之出现分化等现象,要不是停滞于萌芽阶段,就是完全逆转运行。一般说来,这就是教权制支配者与家产制君主的"理性主义"之具有**实质的**性格。他们所求的并不在于获得形式上与法学上的极致精准,以使正确预计法律程序结果的机会达到最高点,并且最能切合法律和诉讼的合理体系化,反之,他们的目标毋宁是在找出一种最能符合其权威之实用—功利的、伦理的目的的法律类型。对这些法律建构的担纲者而言,法律那种一概自足的、"法学"专业的处理方式,不啻是异类的,而"伦理"与"法律"的分离,根本不在他们的考虑之内。一般而言,教权制影响下的法律建构特别是如此,其特色正是伦理要求与法律规定的结合。

在教士影响下所做出的法律理论里的非法学的成分,一来随着法律思维的逐渐理性化,二来随着结合体关系的各种形态的渐次理性化,可以产生出极为多样化的结果。一个可能的结果是神圣命令('fas')为了解决人和人之间与宗教无关的利害纷争而与制定法

---

⑤ Inquisitio 一字可以有多种意涵,其中以教会于 12 世纪以来用来审问异端的程序最为有名,现今,Inquisition 普通是指"宗教裁判"的意思。此种裁判舍当事人主义不用而采职权主义,诉讼的开始是基于职权的起诉,事实的探究也不是当事人的事,而是法庭的职权;由于重视被告的自白,所以常用拷问的方式。

（‘ius’）分离。[⑥] 在此情况下，ius 有可能在自律性的发展下转化为理性的、形式的法律——尽管有的偏重逻辑性，有的偏重经验性。其实，在罗马和中世纪，确实有此发展。至于受宗教所束缚的法和自由订定的法之间的关系，在此情况下到底是以何种方式来加以规约，我们留待下文再加以讨论。[⑦] 我们后面会看到，[⑧]随着思维的逐渐世俗化，宗教法很可能会面对那奠基于哲学的“自然法”，作为竞争对手，或为其所取代；后者将随同制定法，一则扮演起理念的要求，二则成为对法实务产生各种不同程度影响的理论。或者，（另一个可能的结果是）神圣的命令与世俗的法律并没有产生分离的现象，而宗教、礼仪的要求和法律的要求仍然维持神权政治特有的混合状态。如此一来，伦理义务与法律义务、道德训戒与法律命令之间，即将形式模糊地纠结在一起，形成一种独特的**非形式的**法律。

至于这两种可能的结果何者会发生，取决于：⑴上述该宗教的内在特质，及其与法律和国家维系关系的原则为何；[⑨]⑵教士阶层，相较于政治权势，具有何种权力地位——关于这点，我们后面会再谈到；[⑩]

---

⑥ fas 和 ius 的关系在过去普通是作如此（如本文所说的）理解，不过后来有人提出了有力的其他说法。若根据此一别解，fas 本来就意味着与神无关的领域，在其中，特别是同时也包含了依据世俗法所规范的生活领域。后来，自共和制末期起，出现了意味着为神所容许之事的 fas，与 ius 的命令两相并置的用语法，然而即使是在这种用语法里，fas 也并非意味着与人法的 ius 相对立的宗教—伦理秩序。即便是宗教法上的规定，也还是使用 ius 的（譬如神圣法 ius sacrum，又如神官法 ius pontificium）。将 fas 理解为宗教—伦理的秩序，是受基督教影响的结果。参见 Jörs-Kunkel-Wenger, *Römisches Recht*, 2. Aufl., S. 19, Ann. 2。

⑦ 参见本章第二节与第八节。

⑧ 参见本书第七章第二节。

⑨ 参见《宗教社会学》第十一章《宗教伦理与“现世”》。

⑩ 参见《支配社会学（Ⅱ）》第六章《政治支配与教权制支配》。

(3)最后，政治权力的结构为何。由于支配结构的种种条件(后面会谈到)的结果[11]，几乎所有的亚洲法律区域都朝向后一种可能发展，并维持此种状态。

不过，法律的逻辑结构里，有某些共通的特色，却是彼此极为不同的支配形态所产生出来的。一方面，以**恭顺**为基础的权威，如教权制政治和家产制君主，通常创制出非形式的法律；另一方面，民主制的某些特定形态也会产生出形式上相当类似的结果。原因在于：在所有这些政制下，权力担纲者，无论是教权制的支配者、专制君主(尤其是"启蒙的"专制君主)[12]，或者是(民主制的)群众煽动家(Demagogue)[13]，除了那些被他们视为宗教上绝对神圣、因此绝对具有拘束力的规范之外，全都不愿受到任何形式的限制——即使是他们自己制定的规则——所**束缚**。他们全都面临，法律逻辑的抽象的形式主义与他们欲以法律来充实实质主张的需求之间，无可避免的矛盾。因为，法律形式主义可以让法律机制像一种技术合理性的机

[11] 这应该是指东方的"家父长制的"家产制(patriarchaler Patrimonialismus)与西方的"身份制的"家产制(ständischer Patrimonialismus)的对比。参见《支配的类型》，页39—51；《支配社会学(Ⅰ)》，页208及以下。

[12] 参见本书第六章第五节。

[13] "在伯利克里时代的雅典，由完全发展的民主制所创造出来的真正的政治领导人物，亦即群众煽动家(Demagogue)，在形式上通常是位居领导地位的军事官员。然而其实际的权势，并不是奠基于法律或官职，而完全是奠基于其个人的影响力与人民(demos)的信赖上。因此，他们的权势地位非但不是正当的，甚至也不是合法的，尽管整个民主体制是考量其存在而裁制出来的，这就像近代英国宪法的制定是设想到内阁的存在一样，后者同样并非基于法律所赋予的权限而进行其统治。进一步而言，群众煽动家因领导无方而被控诉的情形，我们亦可在英国国会之进行不信任投票——从来也没有经过法律所制定的权限——一事上找到不同形式的对应版。"(《非正当性的支配——城市的类型学》，页148—149)。另参见《支配的类型》(修订版)，页114。

器那样来运作，并且以此保证各个法利害关系者在行动自由上、尤其是对本身的目的行动的法律效果与机会加以理性计算这方面，拥有相对最大限度的活动空间。诉讼成为以和平手段来进行利害斗争的一种特殊形式，使利害斗争受制于确定且不可侵犯的"游戏规则"。

氏族之间原本固有的赎罪程序，以及司法集会人团体的审判，都是严格拘泥于形式的证据法。如先前所见的[14]，这是源自于巫术的观念，亦即证据的问题必须以正确的方式，并且由正确的那一方来提出。后来，经历很长一段时间才有如下的观念发展出来：我们现今所谓的"事实"，是可以经由合理的手段，特别是现今最重要的手段，如"证人"的询问、"情况证据"的提示等，来加以"确定"的。昔日的诉讼"宣誓辅助者"（Eideshelfer）并非誓言某一"事实"是真实的，而是用自身来与神的责怒相搏，以确认己方当事人是"对的"。实际上，和今日相比，这样的做法，至少在现实性方面，不见得较差；在现今的诉讼里，所有证人里的大多数，认为自己的角色不过就是誓言哪一方是"对的"。古代的法律并不认为"证明"是一种"义务"，而是——至少在相当大的程度上——法律所赋予当事人的一种"权利"[15]。

不过，法官严格地受到此种规则和传统证明方法所束缚。进入"普通法"时代的诉讼后[16]，近代的"举证责任"理论，只不过在视证

⑭ 见本书第三章第四节。其中，韦伯特别强调"在诉讼里作为法律形式主义之先锋的，是拘泥于形式的**证据法**（Beweisrecht）"。

⑮ 在古代的法律里，证明并不是基于"举证责任"（Beweislast），而是基于"举证权"（Beweisrecht）。依韦伯的说法，能够正确地"探求证据"的当事人，才具有举证权。

⑯ 英译者指出，此处所谓"普通法时代的诉讼"（"gemeine" Prozesses）指的是欧陆在19、20世纪因进行法典编纂而改革法律之前，各国所通用的诉讼程序。而韦伯在以下谈到现今的欧陆诉讼程序之处，其实那与英美的诉讼程序并无根本上的不同。

明为“义务”这点上，和昔日的诉讼有所分别。此一理论亦使法官受到当事人向他提出的证据申请和证明手段所束缚。在整个诉讼经营的处理上，情况亦无不同。基于“辩论主义”（Verhandlungsmaxime），法官只能静待当事者的申诉。凡是当事人所未申明或提出者，对法官而言，皆不存在；凡是不能以一般规律下的（不管理性或非理性的）证明手段加以厘清的事实，同样亦不存在。因此，法官所追求的不过是相对的事实——透过当事人的诉讼行动所设定的界限里，能够得出的相对事实。

的确，这正是我们迄今所知最古老的、具备明确形式的法发现——相互争斗的氏族之间以神谕或神判为手段的赎罪程序和仲裁程序——所具有的性格。正如所有召唤巫术力量或神力的活动一般，此种诉讼程序恪守形式地期待，经由决定性的诉讼手段之非理性的、超自然的性格来获得**实质**“公道的”判决。但是，当此等非理性力量的权威和人们对此等力量的信仰消失时，理性的证明手段与合逻辑的判决基础必然起而取代之，而形式的司法裁判仅余的性格不过是，为了确保真实的探究至少具有相对上最高机会而设定出规制的、当事人之间的利益斗争。诉讼的追究运作，是当事人的事，而不是公权力的事。当事人本身若无意追究，法官亦不强制。

不过，正因如此，对于**实质**要求——要求在各个案例上审判应充分考虑到具体的权宜得失与平衡——能够获得最大满足的这种追求而言，法官实在无法响应：不管这种实质要求里对于审判的期待，是基于政治—目的理性的动机也好，是源于伦理—感情的考虑也罢，事情都不会有所不同。因为，形式的司法裁判赋予利害关系者藉以维护其自身形式上合法利益的最大自由，而由于经济力量的分配原本就不平等——此种不平等性亦藉由上述形式的裁判而合法化，所以，此种自由遂一再产生出破坏宗教伦理、甚或政治理智之实质要求的结果。这当然让所有的威权势力，不管是神权政治或家

父长制，都感到不快，因为这将大大削弱个人对于威权的恣意恩宠与势力的仰赖，而民主制这方面亦对此抱持反感，原因在于个人对同胞们的决议和对法律实务上的依赖亦将因此而减弱。以此，特别是经济与社会的权力关系之逐渐分化的机会，也会借着诉讼之为和平的利害斗争，而得到进一步的强化。在所有这些事情上，形式的裁判，以其不可避免的抽象性格，处处伤害了实质公道的理想。

不过，另一方面，正是在这种抽象的性格里，不止是当时的经济有力者，亦即对己身得以自由利用此种力量而颇感受益者，连同所有那些致力于打破权威的束缚与非理性的群众本能、而借以推展个人的机会、且使个人的能力得以自由发挥的意识形态的担纲者，都看出了形式裁判的决定性优点，反之，他们也在非形式的裁判里，发现了绝对的恣意和主观主义的非恒常性之所以出现的机缘。喜好形式裁判的人当中，必然包括所有那些极端重视法律程序的恒常性与可计算性的经济与政治的利害关系者在内，因此，特别是那些合理的经济与政治的**永续经营**的担纲者。尤其前者（经济的利害关系者）更是视形式的、理性的裁判为“自由”的保障。然而此种价值不止受到神权政治和家父长制的权威势力所排斥，有时甚至连民主制的力量都加以排挤。总之，举凡在意识形态上致力维护实质正义的所有势力，必然拒斥这样的价值。这些势力所偏好的，不是形式裁判，而是“卡地裁判”⑰。例如雅典的直接民主制里的人民裁判，在很大的程度上，就是一种卡地裁判。甚至近代的陪审裁判，尽管在形式的法律观点上并非如此，但就其作用而言，仍可算是其一。因为，在这样一种借助于有限的人民裁判且在形式上的确严加限制的形态里，我们可以看到一种倾向，亦即裁判之受制于形式的法律规则的程度，仅止于法律程序在技术上直接受到强制的情况下。总体而

⑰　参见第四章注35。

言,所有的人民裁判的判决,莫不是基于具体的“感情”,无论这是由于伦理的关怀,或是基于政治——雅典尤其如此,当今之世亦然——或社会政策的关注。

在这点上,主权在民的民主制,与神权政治和家父长君主制的威权势力,有着交会的倾向。譬如,法国的陪审团违反形式法律而判决丈夫于捉奸时当场杀死奸夫一事为无罪,和(普鲁士)腓特烈二世为磨粉业者阿诺德召开“王室裁判”⑱,事实上并无不同。尤其是,神权政治的裁判的整体本质乃是建立在具体的、伦理的权宜观点的优先考量上,其非形式的、反形式的倾向,只有在面对明确规制的神圣法时,方才受限制。反之,神圣法的规范介入时,神权政治的裁判反而会为了因应法利害关系者的需求而蕴生出异常形式主义的决疑论。世俗的、家产制一威权的裁判,即使在本身不得不受传统所约束之处,亦因传统总是相当具有弹性之故,所以比神权政治的裁判要自由得多。

---

⑱ 名叫阿诺德(Arnold)的磨粉业者向领主借了一块地来经营水车磨坊,由于河水上游有人挖掘鱼池而引走了水,以致他的水车无法动弹。阿诺德以此为由而拒付地租,但领主则对他提起要求缴交地租的告诉,阿诺德败诉。阿诺德遂向国王腓特烈大帝投诉,而国王则命令法庭取消前面的判决并准许阿诺德保有他的水车。法庭以无法做出违反法律的裁判而拒绝遵行此一命令。此时,国王即命令当时最高法庭所在的王室法庭来重审此一事件,而王室法庭则做出维持原判的判决。腓特烈大帝在盛怒之下说道:“对于一个失去流水而无法磨粉也无法维持生计的磨粉业者,以不付借地租金为由而没收他的水车,难道有这样的法吗?……此一判决极其不法,也完全违背朕的心意。……想来,行事不公正的法庭比起窃盗集团还更加危险有害。对于窃盗还有自卫的可能,但对于充满一己之私欲而利用法律假面具的恶汉,是谁也防不胜防的”。于是,在1780年1月1日,国王以敕旨来行使裁判权,将(二人除外)全体相关的法官罢免并处以一年的监禁,而阿诺德所蒙受的损害获得全额理赔。之后,1786年腓特烈·威廉二世即位,新王立即取消父王的处置,恢复全体法官的名誉,除了让他们官复原职,也给予补偿。

最后，典型的名家裁判往往具有双重面目，端视牵涉到哪一方的法律利益而定：是这个名家阶层本身典型的法利益，或是受他们所支配的其他阶层的法利益。例如英国的裁判，举凡呈递到中央法庭处理的事件，皆以严格形式的方式来处置。然而，处理大众日常交易和犯罪的治安长官的裁判⑲，则是一种相当罕见于我们欧陆的非形式的、率直的"卡地裁判"。另一方面，交付律师诉讼的巨额花费，对无产者而言，在英国——如同罗马共和时期的裁判一样，虽然理由并不相同——实际上意味着对司法裁判的拒绝，而此种裁判拒绝恰与有产者阶层、包括资本家在内的利益相牟合。

倘若法实务的这种二元性——以形式的裁判来处置自己阶层内部的纷争，对于经济弱势者则以恣意或实际上的裁判拒绝相待——未能实现时，资本主义的利害关系者自然是在基于辩论主义的、严格形式的裁判全面实施的情况下，最为如鱼得水。由于名家裁判在法实务方面本质上无论如何总是经验性的，加上诉讼手段的体系复杂，费用又高，所以很可能大为妨碍资本主义利害关系者的利益——英国之所以在资本主义的发展上取得优势，并不是由于其法律结构所致，虽说部分而言正由于其拥有这样的法律结构。换言之，正因如此，市民阶层往往对理性的法实务表现出最为强烈的关注，也就是关心是否能有一种体系化的、毫不含糊的、合于目的理性所创造出来的、形式的法律，这种法律不仅能排除传统的束缚和恣意，并且主观的权利也因此只能以客观的规范为其唯一的根源。英国的清教徒⑳，也和罗马

⑲ 关于"治安长官"(justice of the peace)的裁判，参见《支配社会学(Ⅰ)》，第三章十四节〈以出身乡绅的治安长官为基础的英国的望族，"绅士"类型的养成〉，页142及以下。

⑳ 这里指的应该是清教徒革命期间要求法典编纂的运动。详见D. Veall, *The Popular Movement for Law Reform 1640—1660*, 1970.。

的平民[21]、十九世纪的德国市民阶层一样,要求这样一种有系统地法典化的法律。不过,实现这样的要求,还有一段漫漫长路要走。

无论是神权政治的裁判,或是由世俗的名家——通过判决或透过私人或官方承认的法律顾问活动——所主导的裁判,还是以担当诉讼训令的政务官、君主和官吏的公权力与禁制权为基础的法律与诉讼的发展里,下面这样一种观念丝毫未曾动摇:法律自始至今根本妥当如一,所需要的不过是加以明确的解释,并使之适用于各个案例。再说,如我们所见的,即使是在经济方面还相当未分化的情况下,只要巫术定型化的力量被打破,理性协商出来的规范便极有可能出现。非理性的启示手段——作为改革的唯一手段——之存在,实际上总是意味着规范之高度的弹性,而此种手段之消失,常代表着定型化的进一步增强。因为如此一来,神圣的传统便始终唯其为“神圣”,继而由祭司教士将之升华为宗教法的体系。

二　法律的实质理性化:宗教法

宗教法与宗教性法创制的支配,以相当不一的程度渗透到各个地区与法律领域,然后再度被驱逐出来。此处,我们对于以下种种问题,诸如:神圣法对于所有的刑罚问题和赎罪问题,以及基于原本纯粹巫术性规范而来的特殊关怀,还有神圣法对于政治性法律的关怀(我们会在其他的关联里加以讨论),最后,关于诉讼上为宗教法所容许的时间、地点与证明手段之原本亦取决于巫术的法规范问题等,统统撇开不谈,而只把焦点集中在一般意涵下的“民法”领域。

---

[21] 应该是指“十二铜表法”。此一法典相传是贵族(patricii)与平民(plebs)互相斗争的结果,于公元前450年制定,并揭示于罗马的市场(forum);多多少少概括性地集录了罗马的古代法。

在民法的领域里，关于婚姻缔结的容许条件及效果的各种原则、家族法及基本上属于家族法的继承法，在下述地区范围内，皆为宗教法的主要领域，诸如：在中国与印度，以及同样的，在罗马的神圣命令 fas、回教的神圣法 scharî'a 和中世纪的教会法里。古代对于近亲相奸的巫术性禁制，便是对婚姻的宗教性规制的先行模式。有效的祖先血食祭献和家族其他的祭祀之为人所重视，亦使神圣法得以涉入家族法与继承法。在基督教的领域里，后面这种关怀部分而言已无足轻重，剩下的是教会对于遗嘱之有效性的财政关怀，而使其针对继承法的规制继续维持不坠。㉒

可能和世俗的交易法起冲突的，是与以下物品及场所相关的宗教规范，亦即：为宗教目的而奉献的、基于其他理由而成为神圣的、或（反之）成为巫术性禁忌的物品与场所。㉓ 至于契约法的领域，宗教法会在宗教性的义务形式（例如宣誓）被利用到的情况下，基于形式的理由而介入，而诸如宣誓这种宗教性义务形式被利用到的情况不仅异常频繁，而且很可能原先根本就是一种惯例。基于实质的理

㉒ 对日耳曼人而言，由于子女对双亲的财产具有继承期待权（Wartrecht），所以并不存在所谓的“遗嘱”。教会为了鼓励众人在临终之际因灵魂的救赎之故而将财产捐献给教会，上述的继承期待权即造成极大的障碍。最后，圣奥古斯丁的教说——也应献给基督一子之份——奏效，“供养份”或“灵魂份”（Seelteil）获得承认，换言之，可以在子女的数目中加一，分割全部财产，然后其中一份自由捐赠给教会。“灵魂份”后来变成“自由份”，亦即双亲为了灵魂救赎的目的而得以自由处分的部分。其数额或为一子之份，或为固定的成数（三分之一或五分之一）。遗嘱（至少部分而言）成为可能，是教会这番努力的结果。

㉓ 在罗马法里，（1）神殿与祭坛等“神物”（res sacrae），（2）“宗教物”（res religiosae），亦即奉献给地下神的墓，（3）城市的城门或城墙等“神圣物”（res sanctae），都是不能成为交易对象的非流通物。另外，与此相关的，特别是关于“献金”与宗教法的关联，参见前文第二章第四节，特别是注 149—152。

由而介入的情况,则是在面对宗教伦理的强制性规范(例如禁止取息)的问题时。关于后面这点,我们已在宗教伦理的经济意义的相关篇章里讨论过㉔。

正如相关篇章里所说的,一般而言,相应于宗教伦理的根本性格,世俗法与宗教法之间有着各种形态极为不同的关系。倘若宗教伦理一直停滞于巫术及仪式主义的形式主义的阶段,那么在某些情形下,透过巫术性的决疑论——在此一宗教伦理本身的手段之助力下——洗练的理性化,宗教伦理可能就此麻木不仁而毫无作用。罗马的神圣命令 fas 在共和制期间内即走上这样的命运。从来没有任何一种神圣规范是不能通过适当的宗教技术手段或回避的形式而加以排除的。神官团(Augurenkollegium)用来对付民会议决的宗教破弃权㉕——神官团以宗教形式的瑕疵与恶兆为理由提出异议,结果导致议决的破弃——在罗马从未被正式废止,这点和雅典的长老会议(Areiopag)同样基于宗教理由所握有的破弃权,被埃菲阿提斯(Aphialtes)和伯里克里斯(Perikles)所废除的情形迥然有别。㉖ 不

㉔ 参见《宗教社会学》第十一章。

㉕ augur(pl. augures)为罗马的神官之一。最初为三名,后来逐渐增加为十六名,形成一种 collegium。其职务是当国家要采取重要的行动时,基本上根据鸟的动作(食饵、飞行、鸣叫等动作的方式)来体察神意而申告神是否同意此项行动。政务官未必要受他们的劝告所拘束,而是在自己的责任范围内自行决定是否接受劝告。

㉖ 在雅典,Areiopag 相当于罗马元老院的议会。在王制时代,这可能是作为国王咨询机关的长老会议,但由于自贵族制时代以来曾任执政官(Archon)一职的名门出身者即为终身议员,所以便成为“国制拥护者”的保守派基地。民会(ekklesia)若做出违法(尤其是神法)的决议时,此一会议拥有破弃决议的权力。公元前 462 年埃菲阿提斯和伯里克里斯连手攻击此一会议,并将权限广泛地移转到五百人评议会、民会及人民法庭手上;此外,自公元前 5 世纪半以后,执政官一职改采抽签制决定,此一会议遂丧失权力,也打开了通往民主制的大道。另参见《非正当性的支配——城市的类型学》,页 147—148。

过，由于祭司阶层处于世俗的官职贵族的绝对支配下，罗马神官团的破弃权基本上只用于政治目的，并且，即使是在此一机能上，关于破弃权行使的决疑论，也和关于实质的 fas 的决疑论一样，借着宗教技术手段而无伤大雅。因此，尽管罗马人的生活里，仪式义务的履行扮演着无比重大的角色，彻底世俗化的制定法"ius"仍和后来的希腊法律一样，安然无恙地抵挡住来自神官团方面的干涉。古代城邦里祭司权力之臣服于世俗权力，以及我们先前提过罗马人的神祇世界及其对应方式的独特性格，[27]决定了此一发展路线。

三　印度法

在祭司支配阶层将整个生活领域全都置于其仪式主义的规制之下，并且广泛地控制住整体法律之处，景象即幡然改观，这样的地方，特别是**印度**。理论上，那儿的整体法律都包含在法经（Dharma-sûtras）里。[28] 因此，纯粹世俗的法律建构，仅止于各个职业身份——诸如商人、手工业者——相关的特别法的发展。各个职业团体和种姓拥有自行制定自身的法律的权利，换言之，自发性法律破除普通法（Willkür bricht Landrecht）的命题，[29]从来未有人怀疑过，而且几乎所有实际妥当的世俗法都是出自此一来源。此种法律实际上涵盖了世俗生活关系大部分的领域，不过却不是祭司的教义和哲学学派的理论所关心的对象，更不是他们职业性钻研的对象。所以，此种世俗法根本欠缺理性化，而且尽管实际上对宗教规范表现出相当漠不关心的态度，但由于宗教规范在理论上具有绝对的强制力，因此

[27] 参见第四章注 45。

[28] 参见第四章注 15。

[29] 参见第二章注 86 及所在本文。

当世俗法与宗教规范有所抵触时，世俗法亦无妥当性的确实保障。

印度的法发现呈现出巫术性要素与理性要素的一种独特形态的混合——一方面对应于宗教信仰的性格，另一方面对应于神权政治—家父长制的生活规制。法律程序的形式主义大致上并不多见；法庭亦无司法集会人团体的那种性格；国王受制于上级法官的判决，以及判决必须有俗人陪审的规定（在古老的法源里为商人与书记，新的法源里则为行会师傅与书记），都是理性秩序的来源。身份团体的自律性立法权实与私人仲裁法庭的重要性相对应。然而另一方面，从身份团体的正规法庭上诉到官方法庭，原则上是被许可的。证明手段现今根本上是理性的，亦即诉诸证书与证人。当无法借着理性的证明来澄清事实时，神判被加以保留，但此时神判仍维持其原有的纯粹巫术性意涵，尤其是宣誓，须有一段等待自我诅咒结果出现的时期。同样的，巫术性的强制执行手段（譬如债权人饿死在债务人家门口的办法），和官方执行判决及合法化的自力救济，并行不悖。在刑法里，宗教法与世俗法保持相当彻底的二元主义；不过，两者相融合的倾向亦有所发展，并且，整体而言，宗教法与世俗法实际上变成一个不可分割的统一体，掩盖了昔日雅利安法律的遗制，然而，此一统一体本身又再度为各团体自律的裁判、尤其是种姓的裁判所破坏，后者所利用的是所有的强制手段中最为有效的一种，即逐出种姓。[30]

在佛教成为国教的地区（斯里兰卡、中南半岛，特别是柬埔寨、缅甸），**佛教**伦理对于立法的影响也非同小可。此种影响表现于夫

---

[30] "种姓机关的强制手段分别为：对外来第三者加以杯葛，对种姓成员处以罚金并判以礼仪性的赎罪，若拒绝判处或严重违犯种姓规范，则处以破门律（bahishkara）。后者（在现今）并不是逐出印度教的意思，而是逐出个别的种姓。不过其结果当然还是颇具影响力的，例如任何外人若是继续接受被处以破门律的种姓成员的服务，那么他就会遭到杯葛"。参见《印度的宗教：印度教与佛教（Ⅰ）》，页164。

妻平权（姻族继承权、夫妻共同财产制）、为护守双亲于彼岸的命运之孝道（继承人要对双亲的债务负责亦由此而来）、法律的信念伦理的强化、奴隶的保护、刑法的温和（反之，政治性的刑法往往极为残酷）、以及品行端正的保证等等。然而，佛教被相对化的现世伦理，一方面如此高度地着重精神意态，另一方面又那么彻底地重视仪式主义的形式主义，难以形成一种作为特殊教理之对象的真正的神圣“法律”。即使如此，具有印度教色彩的法书文献还是发展出来了，缅甸也因此得以在1875年公布“佛教法”为官方法律——一部源始于印度教而以佛教整饰风貌的法律。

四　中国法

在中国，反之，踞独占支配地位的官僚体制，将巫术性泛灵论的种种义务限制在纯粹仪式性的领域里。当然，一如我们先前所见并且还会再讨论到的，经济亦受到来自此一领域的深刻影响。[31] 不过，

---

[31] “在中国，这样的事情是会发生的：有个人将房子卖给别人，过了阵子又找上买主门来，说他从那之后就穷困了起来，因此恳求买主收留他。倘若买主无视于同胞间应互相帮助的中国传统命令，那么将会引发鬼神的骚动不安。于是贫穷的卖家就像强行租赁而不付租金者那样，又再住进那屋子里。在这种性质的法律下，资本主义是无法营运的。资本主义所需要的是如同机械那样可以计算的法律，容不得礼仪—宗教的、巫术性的观点扮演任何角色。”（*Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th aufl., S. 817）“中国这个国家在7世纪与11世纪时已由专业官僚取代身受人文教养的官僚来管理行政。然而，这不过是昙花一现，等到例行的月蚀一出现，一切又翻转过来。不过，我们也不能因此而大力主张，中国的民族精神是不能忍受专业官僚的。专业官僚的出现（并且因而理性国家的出现）毋宁是因为巫术的绵延不坏遭到打击阻碍。再说，氏族团体在中国从未崩解，不像在西方，氏族团体早因城市的发展和基督教的缘故而瓦解了。”（*Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th aufl., S. 815 f.）

在中国,裁判的非理性,是家产制的结果,而非神权政治的结果。正如一般的先知预言,法律的先知预言,至少进入历史时代后,并不存在于中国。那儿也没有负责解答法律问题的专家阶层存在,并且,相应于政治团体的家产制性格,亦即对形式法律的发展毫无兴趣,所以似乎根本没有任何特殊的法律教育可言。有关巫术仪式上的顾问,是“巫”与“觋”(“道教”的巫术祭司)。团体成员中,通过科考的人,亦即具有学识教养者,扮演起家族、氏族及乡村里关于仪式和法律问题的顾问角色。㉜

五　回教法

在**回教**里,至少理论上说来,没有任何一个生活领域里的世俗法律发展之路,未受神圣规范的要求所阻碍。事实上,尽管大量承袭了希腊法与罗马法,㉝但官方仍宣称整体民法乃是可兰经的诠释,或可兰经经由习惯法所作的推衍。这情形特别是发生在乌玛雅王朝(Umayyad)灭亡,㉞继而阿拔斯王朝(Abbásid)确立

㉜ 参见《中国的宗教:儒教与道教》,页289及以下,特别是页301—304。

㉝ 英译者指出,有关回教法律里大量纳入罗马与希腊观念和体制的理论,最近遭到理由十足的反对。参见 R. Vesey-Fitezgerald, *Alleged Debt of Islamic to Roman Law* (1951)。

㉞ 公元632年,穆罕默德去世,他的弟子按照阿拉伯自古以来的习惯,经由选举而拥戴信徒中最长老的艾卜·巴可(Abū Bakr, 632—634年在位)为首代哈里发。自此之后,直到第四代哈里发阿里(lAlī, 656—661年在位)为止,新的哈里发都是以选举来产生为原则(这四代哈里发称为正统哈里发)。公元661年,阿里被刺杀,与他对立的乌玛雅家的穆阿威雅一世(Mulāwiya I)趁机篡夺哈里发的权位,建立乌玛雅王朝。此后,哈里发的地位转而世袭化,并且强化其专制君主的色彩;尽管这必然会稀释哈里发的政治里的回教虔敬性质,但另一方面却也导致对外征服事业的空前成果——萨拉森(Saracen)帝国的扩大发展。

其支配,[35]并且高唱回归神圣传统的口号,再加上祆教的萨珊王朝的政教合一原则也被转用到回教里之后。[36] 神圣法在回教里的地位,恰好是神圣法在真正经由先知预言所创造出来的“圣典宗教”(Buchreligion)里能够发挥出何种作用的一个恰当的范例。

可兰经本身包含了许许多多纯粹实体法上的规定(例如废止养父与养女间的婚姻禁令,穆罕默德也善加利用了此一自由)。不过,大部分的法律规定却另有起源。这些规定在形式上通常是以“哈迪斯”(hadîths)的形态出现,亦即先知的模范举止与言论。其真实性则通过一连串的人证——可追溯到穆罕默德同时代者,原先为具有特别资格的穆罕默德的同伴——以口耳相传的方式加以确证。由于必须要靠绵延不断的人证来延续下去,这些规定遂(或被认为)端赖口头传承,而形成所谓的“逊奈”(sunna)——本身并非可兰经的解释,而是与可兰经并列的传承;其最古老的部分主要是来自前回教时代、特别是麦地那的习惯法,而由马立克·宾·阿纳斯(M(lik ibn Anas)编纂为逊奈。[37]

不过,无论是可兰经还是逊奈,都不是法官所利用的直接法源。形成此一法源的是“菲格海”(fiqh),菲格海是法学派思维活动的产物,这是将哈迪斯按作者别集录而成(穆斯纳得,musnad),或按主题而有系统地编成(穆珊纳夫,musannf,其中的六

---

[35] 阿拔斯王朝为萨拉森帝国的第二个哈里发制王朝。王朝之名得自于穆罕默德的伯父阿拔斯('Abbās)。阿拔斯的子孙萨发夫(Al—Saffāh)推翻乌玛雅王朝而于750年所创建的这个新王朝,一直延续到1258年被蒙古大军所灭亡为止。

[36] 萨珊王朝是波斯的最后一个王朝,创建于226年,于651年为萨拉森帝国所灭亡。王朝存在期间,祆教为波斯的国教。

[37] Mâlik ibn Anas (715—795)为回教的法学者,马立克学派的开山祖师。其著作《既有之道》(al-Mu-watta),即以麦地那居民的公议(伊吉玛)为本的哈迪斯集。

种成为传统法规)。[38] 菲格海包含了伦理命令与法律命令,并且在法律终于被固定下来之后,完全陈腐过时的部分也就含藏得愈多。法律之所以被正式固定化,是由于法律解释的卡理斯玛力量、法预言的力量(伊吉提哈德, idschtihâd)[39],被认为在回教纪元(Hidschra)[40]的7—8世纪、基督教纪元的13—14世纪时已消失殆尽了——这和我们所熟知的,基督教会与犹太教的关于先知预言时代已告终了的观念相类似。卡理斯玛时代的法先知,亦即穆智台希德(Mudschtahid(n),被视为法律启示的担纲者,而受到全面性的承认为此种担纲者的,仅止于四大公认为正统的法学派的创立者(玛德哈普, madhhab)。相反的,在伊吉提哈德消失之后,只有穆卡利德(muqallidîn),亦即注释学者存在,[41]而法的固定性就此屹立不摇。

四大法学派的斗争,起先是关于正统逊奈之性质的斗争,后来变成与此相关的解释方法的斗争,在法律固定化后,学派间的对立便愈来愈定型化。只有罕百里学派(hanbalitishce Schule)[42]这个小派

[38] 回教的正统派"逊尼派"(Ahl al-Sunnah, 其名即由"逊奈"而来)崇奉"圣训"(哈迪斯与逊奈的并称)与"六大圣训集"的权威。此六大圣训集(亦称"公认六传承")是由9—10世纪的六大圣训学者布哈里(al-Bukhari, 810—870)、穆斯林(Muslim ibun'l-Hajjaj, 817—875)、艾卜·达伍迪(Abu Da'ud, 817—889)、提尔米迪(at-Timidhi, ?—892)、纳萨仪(an-Nasai, 830—915)、伊本·马哲(Ibn Maja'Qazwini, 824—886),将圣训分门别类编纂而成。

[39] Idschtihâd 是指卡理斯玛时代的法先知穆智台希德(Mudschtahidîn)对可兰经与哈迪斯加以自主性的、具有卡理斯玛权威的解释。

[40] Hidschra 是指穆罕默德于622年7月15日遭受迫害而从麦加逃往麦地那的所谓"圣迁"。回教即以此日为其纪元之始。

[41] 穆智台希德是指能作法预言(伊吉提哈德)的法学者。穆卡利德则是"模仿者",只能靠着他人的权威而对其主张加以批注的法学者。

[42] 这是以罕百里(Ibn hanbal, 780—855)为学派始祖的一个极为保守的学派。在诸学派里,以此学派的势力最弱,只有在阿拉伯中央部分和叙利亚等地拥有少数支持者。

别，拒斥所有的“毕达”（bida）——所有的新法、所有新的哈迪斯、所有解释法律的理性手段，并且固守“强制加入”（coge intrare）的原则[43]，而与其他诸学派迥然有别：其他诸学派原则上抱持着相互宽容的态度，彼此间的歧异主要在于，法技术之于法创制该扮演何种角色的问题。在非洲与阿拉伯长期具支配地位的马立克学派（mâlikitische Schule）[44]，由于发源于回教最古老的政治中心（麦地那），所以在接受前回教法律的这一点上，显得特别自在，不过，与哈乃斐学派（hanafitische Schule）[45]相较之下，又显得大受传统所束缚。后者发源于伊拉克，因此深受拜占庭的影响，在哈里发的宫廷里举足轻重，并且为土耳其官方所接受，于埃及更是官方承认的支配性

[43] 这是指强制迫使非信仰者加入信仰行列的原则。此语应是来自《新约圣经·路加福音》第十四章二十三节：“主人对仆人说，你出去到路上和篱笆那里，勉强人进来（compelle intrare），坐满我的屋子。”若根据韦伯的说法，穆罕默德并不采用此一原则，“……穆罕默德乃建构出圣战的诫命：迫使非信仰者屈服于信仰者的政治权力与经济支配之下。如果这些非信仰者是某一‘圣典宗教’的教徒，那么可以不必消灭，基于财政利益的考量，他们的存在反而被认为是有价值的。基督教最早的一次宗教战争是在圣奥古斯丁教徒‘强制加入’（coge intrare）的口号下发动的，根据此一口号，无信仰者或异教徒只能在改宗与灭绝之间作一选择。我们可别忘了，教皇乌尔班（Urban，1042—1099）曾不断向十字军强调扩张领土的必要——为他们的子孙取得新封地。回教的宗教战争比起十字军圣战，就此而言，基本上更是一种具有夺取土地不动产之性格的事业，因为它的主要动机就在取得封建地租的收入。”（《宗教社会学》，页118）

[44] 以马立克·宾·阿纳斯（Mâlik ibn Anas，见注37）为始祖的学派，原来在麦地那颇为兴盛，现在则于非洲西北部和中部拥有许多支持者。

[45] 艾卜·哈尼法（Abū Hanīfah，699—767）所创始的学派。他协助阿拔斯王朝的兴起，并于此王朝的第二代哈里发 al-Mansūr 营建巴格达为新都时，担任监督官之一。因此，这个学派与哈里发宫廷有着深厚的关系。后来，获得奥斯曼土耳其帝国的苏丹之支持而扩展到土耳其及其势力范围里，并且在中亚、巴基斯坦和印度等地，拥有许多支持者。

学派。较为偏向顺应宫廷生活的哈乃菲学派的法学，似乎主要是发展出回教法律家的经验技术，亦即模拟（qijâs）的应用，除此之外，特别是主张“拉伊”（ra'j）——学理性的教说——作为相对于既有的可兰经解释的独立法源。最后，起源于巴格达的沙斐仪学派（schâfi'itische Schule）[46]，广布于南阿拉伯、埃及与印度尼西亚，不仅排斥哈乃斐学派的学理性技术与借用外国法，也拒斥马立克学派对传统的自由态度，因此被视为传统主义的学派，然而，由于将可疑的哈迪斯大量纳入传统里，结果似乎又和其他学派殊途同归。保守的传统主义者（Ashab al - Hadîth）与理性主义的法学者（Ashab al - Fiqh）之间的斗争，贯穿着整个回教的法律史。

回教的神圣法是彻头彻尾的“法曹法”（Juristenrecht）。其妥当性奠基于“idschmâ”（伊吉玛，idschmâ - al - 'ammah = tacitus consensus omnium，万人的默然同意，公议）；“伊吉玛”实际上被定义为：法先知、亦即伟大的法律学者（fuquhâ）的一致意见。除了先知本身的不谬性之外，唯有伊吉玛的不谬性为官方所承认。可兰经与逊奈不过是后者的史料。法官所查阅的，既非可兰经也非逊奈，而是伊吉玛的汇编；他们被禁止独立解释神圣的典籍或传承。回教法学家的地位和罗马法学家相类似，教育组织方面亦是如此：法学家所从事的是法顾问活动与学生的教育，因此，和法利害关系者的实际需求相关联，也和必须有系统建构的、实务上及教育上的需求相关联。由于法学上既受制于学派首脑固定的解释方法，也受制于既有的注释，所以自伊吉提哈德时代终了之后，所有的自由运动便被排除尽净。在公立的大学里，例如开罗的阿尔·阿札尔（Al - Azhar）大

---

[46] 以沙斐仪（ash - Shāfi ī，767—820）为始祖的学派。不承认“拉伊”（ra'j）——学理性的教说。此学派广布于印度尼西亚、马来西亚、东非、南阿拉伯、南印度与锡兰等地，势力仅次于哈乃斐学派。

学——敦聘四大正统学派的代表人物为教师，教学不过是机械地重复固定的见解。

回教的神圣法之所以发展成为定型化的法曹法，基本上是回教的组织所造成：既无宗教会议，亦无不谬的教谕职。[47] 在实际结果上，神圣法的直接妥当力仅局限于某种根本的制度，并且整体而言，仅及于有限的实体法领域——其有效范围只比譬如中世纪的教会法稍大些罢了。神圣传统原则上的普世性支配，结果造成应有的变革通常仅能仰赖个别案例正式或蒙混得到的判断（Fetwâ），[48]或者仰赖几个相互竞争的正统法学派之争议性的决疑论。其结果除了我们前面提到的欠缺法律思维的形式理性之外，也使得为达法律之内在外在统一性所必须的系统性法创制成为不可能的事。神圣法既无法被废除，也无法——尽管再怎么顺应现实——于实务上真正被贯彻。卡地（Qâdî）[49]或利害关系者在必要的时候，一如罗马的情形，可以向官方认可的法学家——以回教长老（Scheich ul – Islâm）为首的传法者（Muftîs）[50]——寻求权威性的解答。然而，此种解答异常随机而定，因人而异，而且就像神判一样，没有附带任何理性的理由，不仅未能对法律的理性化做出一丁点的贡献，甚且还实际强化了神圣法的非理性。

神圣法是仅适用于回教徒的身份法，对被征服的其他宗教信仰

---

[47] 此处是指基督教那种大公会议和“教皇无误论”之类。

[48] 参见第四章注 22。

[49] 参见第四章注 35。

[50] Scheich 或 Schaich 在阿拉伯语里是“老人”、“长老”的意思。Scheich ul – Islâm 则意指“回教的长老”，是对传法者当中的有力者的敬称，但自 16 世纪初以后就变成君士坦丁堡的传法者所专有的称号。后者由苏丹所任命，拥有仅次于大宰相（Groβwesir）的位阶，遇有重要的国事时，必须请求他的判断（Fetwâ），而其判断具有无条件的法律效力。

者则不然。其结果是法的分裂,以极尽各种样式的形态维持下去,不仅有对于林林总总或具积极特权或具消极特权的各宗派的身份性的法分裂,也有基于自发性法律破除普通法(Willkür bricht Landrecht)这个命题而产生的地方性和职业性惯习的分裂:此一命题对于本身要求具有无条件妥当力但又处于东摇西摆的解释下的神圣规范,到底有多大的实效力,在此和其他地方一样,是很值得怀疑的。回教的商业法承袭了古代末期的法律技术而为商业发展出种种法律制度,其中某些部分直接为西方所承袭。然而,这些制度的妥当性,在回教内部里,并不是借着制定法或理性法律的确切原则,而大半是借着交易上的诚信和商人对于裁判的经济影响力而受到保障。神圣的传统与其说是促进倒不如说是威胁到大部分制度。这些制度毋宁是存在于法外(praeter legem)。

举凡神圣法与不可变传统的妥当性,长远受到重视之处,自然显现这种阻碍法律之内外统一性的现象,诸如中国、印度,以及回教法地区。即使在回教本身里,属人法主义适用于四大正统学派,正如其于卡罗琳帝国适用于部族法一样。[51]“属地法”(lex terrae)的创制根本不可能,亦即不可能像英国于诺曼人的征服之后(正式于亨利二世以来)所发展出的普通法那样。

实际上,在现今所有的回教大帝国里,存在着世俗裁判与宗教裁判的二元主义,亦即:卡地之外有世俗的官吏,圣法(scharî‘a)之外有世俗的官法(Amtsrecht)——卡奴(Qânûn),一如卡罗琳王朝的敕令,卡奴自乌玛雅王朝支配时代以来,开始即并同宗教的法曹法一起成长,并且随着宗教法的愈益定型化,而愈形重要。世俗的法官在卡奴的拘束下,审理几乎所有的事项,只除了监护、婚姻、继承、离婚、某些情况下的基金财产及随之而来的土地所有。他们并不在

[51] 参见第二章注90,及脚注所在的本文。

乎宗教法上的禁制,而几乎全按地方惯习来审判,因为,宗教法的介入将会阻绝任何的体系化,包括世俗的制定法的体系完整性(土耳其自1869年以来所公布的官方法典,根本不是有系统编纂的法典,只不过是哈乃菲学派的法规集成)。按照形式的、法学的概念来将法律合逻辑地体系化,在这种情形下根本不可能。这对经济的影响,我们后面会看到,并不小。

六　波斯法

在**波斯**的官方宗教什叶派(Schî'itentum)[52]里,神圣法的非理性又更上一层楼,因为它欠缺逊奈所给予的那种相对坚实的基础。他们信仰理论上被认为不可谬而眼前又不可得见的"伊玛目"(Imâm)[53],但这种信仰根本连逊奈的替代品都算不上。

---

[52] 什叶派(Ahl al - Schî'ah)为回教内主要是在伊朗境内得势的教派,与正统的逊尼派(Ahl al - Sunnah)相对立,对立的起因在于支持不同的家族之争夺哈里发的继承权,什叶派所支持的是穆罕默德的堂弟兼女婿阿里——"什叶"一词原意为"党人"、"派别","什叶派"即"阿里的同党"。此派否定第一到三代哈里发的正统性,而认为阿里才是穆罕默德所指定的真正继承人,并以他为第一代伊玛目(见本章注53),而且唯有承其血统的人才具有伊玛目地位的继承权。第三代伊玛目胡升(Husain)为阿里的次子,娶波斯萨珊王朝最后一位君主的女儿为妻,生下第四代伊玛目阿比定(Zain al - Abidin)。换言之,第四代以降的伊玛目承继了阿里的血统与萨珊王朝的血统,此乃什叶派在伊朗(波斯)具有庞大势力的原因之一。什叶派虽承认穆罕默德的逊奈之权威,但否定正统逊尼派所承认的"六传承"("六大圣训集")的权威,也不承认"公议"(伊吉玛),而认为伊玛目的判断是最可靠的立法依据。

[53] "伊玛目"在可兰经里是"指导者"、"模范"的意思,但后来被转用于多种意义。首先,是被用来指称教徒的集团礼拜的指挥者。有随着场次之不同而选出的指挥者,也有常任的指挥者。其次,逊尼派是用来指哈里发的称号或一个学派祖师的敬称。什叶派则用以指回教横跨圣俗两界的首领,首任伊玛

法官人选须经“沙王”(Schah)[54]的认可,但实质上也必须极为顾虑地方名家的意见,因为沙王在宗教上是非正当性的支配者,所以绝对要有如此的尊重。实质上,此种认可绝非官职的“任命”,而不过是对行会式神学学派的结业候补者的一种核可,尽管有辖区的指定,但各个法官似乎并未具有确切无误的权限,更何况,当事人可以在多位相互竞争的法官当中加以选择。以此,这些法先知的卡理斯玛性格的确呼之欲出。

依什叶派严厉的教帕特质——而祆教的影响又更强化了此种特质[55]——与不信者的任何经济财货交易都被视为不净而遭到仪式

(接上页)目是阿里,阿里与其妻法蒂玛(Fatima,穆罕默德之女)的直系子孙才具有继承伊玛目地位的资格。然而,直系子孙当中的哪个家系才具有正当资格却横生争论,结果,众人转而抱持着这样的信仰:被承认为正统的最后的伊玛目即使在去世之后,仍然作为“不可得见的伊玛目”而继续存活着,只是隐遁世间。一旦必要时(一说世界末日时)将以马赫迪(mahdi,救世主)的身份重现,主持和平正义、除暴安良,挽救世道人心。什叶派并认为,可兰经除了表义之外,还有只有伊玛目能知的“隐意”,必须通过秘传才能使信徒获悉。

[54] Schah是意指“王”、“君主”的波斯语。在回教圈里,阿拉伯语系的“哈里发”、“苏丹”等称号虽广为使用,但由于近世波斯语作为宫廷语言颇为普及,所以不只在波斯王朝里,就连土耳其和印度的各回教王朝也用Schah来作为君主的称号。

[55] 祆教是由波斯人琐罗亚斯德(Zoroaster,波斯原名为Zarathusthra Spitama)所创建的宗教。琐罗亚斯德的生平事迹虽然不十分清楚,但据说是公元前7世纪后半诞生于现今的亚塞拜然地方,30岁获得启示,42岁时得到王侯的保护开始布教,而以77岁高龄逝世。其教说是以善神Ahura Mazdah与恶神Daeva对立的二元论哲学为基础,宣扬善神终将打倒恶神而迎接神圣王国的到临。信徒若相信善神的最后胜利并仰望降生于天国,就必须要坚守身口意的三净行。祆教从阿卡曼尼帝国(Achaemenid Empire,居鲁士大王所创建)的波斯时代(公元前6世纪至公元前330年)一直到萨珊王朝(参见本章注36)皆颇为兴盛,萨珊王朝甚至立为国教。到公元7世纪,由于回教的勃兴而丧失势力,部分信徒逃往印度与中国。

上的直接排斥是想当然的。[56] 不过，通过种种拟制，神圣法的这些要求最后实际上全都被放弃，并且神圣法也因此几乎全面地撤离经济领域和政治的相关领域——自从立宪制借着可兰经章句的征引和透过传法者的判断而得到"立基"之后。

虽然如此，神权政治直至今日[57]都不是经济上所能忽视的要素。尽管影响范围越来越受限制，神权政治的要素之渗入司法裁判，再加上东方式家产制[58]作为支配型态的那种（后文将提及的）独特的性格，对经济而言，具有重大意义。在此，和他处一样，这种情况较少是因为神圣法的实定规范之故，而是由于支配着司法裁判的原则性的"心态"（Gesinnung）所造成。此种心态所追求的是"实质的"公道，而不是利害斗争的形式规则。因此，例如土地所有的诉讼要是落入此种裁判的管辖之下时，裁判官所据以判断的，八九不离十是具体的权衡观点，尤其是当法典化的法律并不存在时，此种倾向更加容易实现，以致可计算性的可能机会丧失殆尽（此即"卡地裁判"）。结果，例如在突尼斯（Tunis）所见的情形，只要土地所有的诉讼是归于宗教法庭"卡拉"（Chara）来管辖，土地的资本主义开发便没有可能。[59] 不过，资本主义的利害关系还是成功地废除了此种法庭的管辖权。整件事情典型反映出神权政治的裁判在抵挡理性经

[56] 韦伯在另一处也提到："禁忌的规范也会对贸易、市场共同体的发展、甚至其他社会共同体关系造成非常严重的妨碍。就像回教的什叶派，认为自己的教派以外的人都是极为不净的，此种想法直到近代都还造成其信徒在基本贸易上的障碍，尽管他们在近代也用尽了各式各样的拟制来加以扭转矫正。"（*Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 265 f.）

[57] 一次大战前。

[58] 在此指的应该是与西方的"身份制家产制"（ständischer Patrimonialismus）对举的"家父长制的家产制"（patriarchaler Patrimonialismus）。

[59] 参见《支配社会学（Ⅰ）》，页46。

济时所发挥的作用——基于其内在性格，此种干扰不得不然，只是各地对此作用的感受程度有所不同而已。

七 犹太法

犹太人的神圣法处于一种形式上和回教相类似的状态，只不过产生出此种状态的缘由却恰相对反。律法书（Thora）[60]以及解释并补充它的神圣传承，也被视为普遍的、要求支配全体法生活范围的规范。在犹太教里，和回教一样，神圣法只适用于教内弟兄；然而，和回教不同的是，神圣法的担纲者并不是支配性的身份阶层，而是一个贱民民族（Pariavolk）[61]。因此，对外的交易在法律上即为外邦交易（Fremdverkehr），而且如我们先前所见的，此种交易部分而言适用的是另外一种伦理规范。[62] 然而，就法律而言，犹太人还是会顺应他们周遭世界的规范，只要，一方面周遭世界容许此种顺应，另一方

[60] 参见本书第四章注 14。

[61] “自从俘囚期以来，犹太人成为下面即将界定之意义下的、事实上与形式上（由于圣殿的被摧毁）的‘贱民民族’（Pariavolk）。我们所谓的‘贱民民族’乃是指：一个缺少自律性政治组织的、特殊的世袭性的社会团体。这个团体一方面受到内部源自巫术、禁忌与礼仪规范的约束，而不得与外邦人形成餐饮与婚姻共同体；另一方面，它又是个具有影响深远之特殊经济态度、而在政治与社会层面上却又是劣势特权化的团体。（此处我们所说的犹太人是个‘贱民’民族，其意义实与印度‘贱民种姓’的特殊处境并不相干，就像‘卡地裁判’的概念并不涉及卡地所据以进行审判的实际法律原则一样）。”（《宗教社会学》，页 145）

[62] “身为贱民民族，犹太人仍然保留着双重道德的标准，这是所有共同体的原始经济行为所具有的特色：禁止施之于同胞者，可施之于异邦人。无疑的，就要求犹太人对其同胞抱持‘扶助’的立场一事而言，犹太伦理显然是彻底传统主义的。虽然律法学者——正如宋巴特已正确指出的——对这些事务有所让步，甚至包括与同胞进行商业交易的事项，不过这些让步顶多只能算

面此种顺应并不会抵触他本身在礼仪上的顾忌。古老的部族神谕(îm 与 Tummûrîm)[63]已于王国时代里被活跃的法先知预言所取代,此种预言在犹太教里,比在日耳曼法里,更有效地否定了国王发布法律命令的权限。

王国时期的"nebî'îm"——先知,法先知当然也包括在内——在俘囚期之后为"律法学者"(Schriftgelehrtentum)所取代。这些律法学者,如我们所见的,最初是带有泛希腊化特征的上流文人阶层,后来也包括一些以此为副业的小市民。后来,至迟于公元前1世纪,在犹太教的两大东方中心地,耶路撒冷与巴比伦,发展出仪式问题与法律问题的学术性处理方式,以及律法书解释者和从事顾问活动的法学家的法律技术。他们和回教及印度教的法学家一样,是传承的担纲者,而此一传承,部分是对律法书的解释,部分则独立于律法书。上帝在西奈山与摩西的四十天相会,将此传承交付给

(接上页)是略为放松,任何人要是想从中获取利益,就犹太人企业伦理的最高标准来看,还是远不合格的。总之,一个犹太人显然是无法借此种行为以确证其宗教功德。然而,对犹太人而言,与异邦人经济来往的方式——特别是那些禁止施之于同胞的方式——则是个与伦理毫不相干的领域。这种态度实际上可见之于所有民族的原始经济伦理中。犹太人的经济伦理中仍保留这种态度显然是不足为奇的,因为就算在古代世界,异邦人几乎也一直以'敌人'来看待犹太人。尽管律法学者一再告诫,要求犹太人以诚信对待异邦人,仍然无法改变下述事实:律法禁止犹太人向其同胞收取利息,却准许向异邦人收取。律法学者的忠告也改变不了下列的事实(这点宋巴特也已指出):例如在一个利用对方的错误以牟取利益的案件里,律法所要求依规定办理的程度,会因对方是个异邦人(敌人),还是个犹太人而有所不同。总而言之,我们已无须再举证说明,犹太人由于(上述)耶和华之许诺所导致的贱民身份,以及因此而来的犹太人之受到异邦人无止境的蔑视,必然会使得犹太人在对待异邦人及同胞时、分别遵循不同的经济道德。"(《宗教社会学》,页314)

63　参见本书第三章注21。

他[64]。透过此一传承的内容,官方制度——例如叔嫂婚(Leviratsehe)[65]——也和回教及印度的情形一样,有了急剧的变化。同时,与这两者相同的,此地的传承最初也是严格口耳相传的。基督纪元开始以来,随着犹太人离散(Diaspora)[66]的扩大、学术性处理传承的发展——希雷尔学派(Hillel)[67]与香迈学派(Schammai)[68],传承开始由"汤奈姆"(Tannâ'î'(m)[69]加以文书固定化;一旦法官接受法律顾问的解答、因而也受到判例所拘束,这便无疑地确保了传承的统一性。如同罗马与英国,对各个判决加以确证的权威人士,常被加以引用,而教育、考试与证照制度终究取代了形式上自由的法预言。

---

[64] 摩西受召上西奈山四十天始末,见《旧约圣经·出埃及记》第24—34章:"耶和华的荣耀在山顶上,在以色列人眼前,形状如烈火。摩西进入云中上山,在山上四十昼夜。"(24:17—18)"耶和华吩咐摩西说,你要将这些话写上,因为我是按这话与你和以色列人立约。摩西在耶和华那里四十昼夜,也不吃饭,也不喝水,耶和华将这约的话,就是十条诫,写在两块版上。"(34:27—28)

[65] "弟兄同居,若死了一个没有儿子,死人的妻不可出嫁外人,她丈夫的兄弟当尽弟兄的本分娶她为妻,与她同房。妇人生的长子必归死兄的名下,免得他的名在以色列中涂抹了。那人若不愿娶他哥哥的妻,他哥哥的妻就要到城门长老那里说,我丈夫的兄弟不肯在以色列中兴起他哥哥的名字,不给我尽弟兄的本分。本城的长老就要召那人来问他,他若执意说,我不愿意娶她,他哥哥的妻就要当着长老到那人跟前,脱了他的鞋,吐唾沫在他脸上,说:凡不为哥哥建立家室的,都要这样待他。在以色列中,他的名必称为脱鞋之家。"(《申命记》25:5—10)

[66] 所谓 Diaspora 是指分散、散居于其他宗教的支配领地里的宗徒,以及他们所居住的地区。此语多用于指称巴比伦俘囚期之后的犹太人。

[67] Hillel(70 B. C.—10 A. D.),犹太的律法学者,大卫家族出身。其学派被认为比香迈学派更具进步的性格。后被任命为桑黑德林(Sanhédrîn)法庭的庭长。

[68] Schammai 为公元前1世纪的律法学者,相传其学派较希雷尔学派保守。

[69] 公元后1至2世纪的犹太律法学者。他关于律法书与传承的解释,被集录成 Mishna、Tosephta 等书样。

密许那(Mischna)[70]便是法律解答者本身的活动之产物,而由耶胡达长老(Patriarch Jehuda)收集而成。反之,密许那的官方注释噶玛拉(Gemârâ)则为**教学的**法学者亚摩拉(Amoräer)的活动之产物。[71]在朗读者为听众诵读出希伯来语的章句后,亚摩拉便将之翻译为亚拉姆语(Aramäische)[72],并加以解释。在巴勒斯坦,他们被冠以“拉比”(rabbî)的称号,在巴比伦也有相应的称号(“玛尔”, mâr)。西方神学里可以见到的那种“辩证的”处理方式,主要是出现在巴比伦的庞贝迪塔“学院”(“Akademie” von Pumbeditha)里,不过,此种方法却受到后来的正统派的根本怀疑,现今则为禁忌。自此之后,对律法书加以思辨性的神学的论述,就不可能了。传承当中的教义的——教化的要素与法学的要素,亦即哈加达(haggâdah)与哈拉哈(halâchâ)[73],不仅在分工上,而且在文献上,都比回教和印度教更加清楚地区分开来。

就外在而言,学者组织的中心逐渐移往巴比伦。自哈德良皇帝之后,俘囚王(Exilarch, Rêsch Gâlûthâ)[74]即以巴比伦为居住地,直到

[70] 密许那是由拉比耶胡达·翰那希(Yhûdhăh Hannasi, 136—217)将汤奈姆所传承、发展的口传律法加以集录而成,构成《犹太法典》的一部分。

[71] 《犹太法典》(Talmud)在构造上分为密许那与噶玛拉两大部分。产生密许那集录的汤奈姆时代结束之后,继之而起的便是亚摩拉的时代。亚摩拉是以密许那为根本的“解说者”之意,指的是从密许那的集录(2 世纪末)到 5 世纪末的拉宾纳·巴尔·胡纳(Rabina bar Huna)之间,对密许那做出批注的那些人。这些亚摩拉的议论集成,便是葛玛拉。

[72] 亚拉姆语是古代叙利亚、巴勒斯坦等地的闪族系语言,耶稣基督亦使用过。

[73] 《犹太法典》在内容上是由哈加达与哈拉哈所构成。哈拉哈是指宗教法的规定那部分,而哈加达则是包含故事、比喻、箴言等在内的、非哈拉哈式的圣书解释的总称。

[74] 俘囚王是指犹太人结束巴比伦之囚而进入离散期之后,居住在巴比伦的犹太人的政治指导者。他对当时的国家代表犹太人,并担任国家向犹太人课以租税的征收者。

11 世纪。俘囚王之职，由大卫家族所世袭，并且为帕迪亚（parthia）[75]、波斯及后来的回教君主所正式承认；他拥有教宗似的教廷，被赋予裁判权，长时间里甚至包括刑事裁判权，最后，在阿拉伯人支配的时代里，更被赋予宗教的破门权。法律发展的担纲者是彼此竞争的两大学院，舒拉（Sura）与前面提及的庞贝迪塔，而以前者较具优势。[76] 这些学院的宗长盖翁（Ge' ônîm）[77]把身为桑黑德林成员（Sanhédrîn - Mitglieder）[78]的法官活动，和对全体离散犹太人的顾问实务及学院的法学教育，全都联结起来。盖翁一部分是由具有资格的教师所选出，部分则由俘囚王所任命。

学院的外在组织类似中世纪和东方的学校。正规的学生寄宿

---

[75] 在里海的东南方，现在的伊朗的 Chorassan 地方，由伊朗系的游牧民所建的国家。从公元前 248 年延续到公元 201 年。

[76] 根据 Kohler 与 Wenger 的论述，巴比伦当时的法学状况如下：为了密许那的编纂，"出现了一大批亚摩拉（解说者）。首先是 Johannan，Simon，其次是 Abba，Samuel 等人的出现，这些人将法学转移到巴比伦。以此，发展出主要是舒拉 Sura 与 Nehardea 等巴比伦学派。巴比伦诸学派最兴盛的时期是在 4 至 5 世纪，Abba 的弟子 Huna，Jehuda，Chisdai 等人都是此一时期的人物。尤其是 Samuel 的弟子，拉比 Nachman，也属此一时期，他在许多方面都做出了划时代的贡献。除了以上学派之外，还有 Rabba，Joseph，Abai 等人所属的庞具迪塔 Pumpadita 学派、Raba 所属的 Machusa 学派、Papa 所属的 Nares 学派形成。Raba 的弟子拉比 Aschi（？—427）后来再度接受舒拉学派的指导。他开始收集葛玛拉，而后经由若干后继者加以完成。而后到了 Rabina 与拉比 Jose（？—520）时，亚摩拉学派的时代遂告终了"（J. Kohler - L. Wenger, *Allgemeine Rechtsgeschichte*, S. 73）。

[77] 单数形为 Gâ' ô，复数方为 Ge' ônîm。这是给予舒拉学院与庞具迪塔学院宗长的名誉称号。舒拉学院的首任宗长 Mar Rab Mar 于 609 年得此称号。此二学院的最后一任盖翁分别逝世于 1034 与 1038 年。

[78] 桑黑德林是犹太人的法庭。本文所提及的，应该不是耶路撒冷所在的所谓大桑黑德林，而是巴比伦所在的小（地方性的）桑黑德林才对。

在学校里，到了卡拉之月（Kallah-Monat）[79]时，大批更成熟的听讲者，亦即拉比地位的候补者，从外面涌入，参与犹太法典的学院式讨论。盖翁或者直接由自己提出解答，或者在卡拉之月里、或者和学生讨论后，做出解答。盖翁的著作活动大约起始于6世纪，纯就外在而言，他们纯粹只是注释者，比起他们的先驱者亚摩拉及亚摩拉的后继者萨伯瑞（Saboräer）[80]来，他们的活动基本上是较为朴质的：亚摩拉对密许那加以创造性的诠释，萨伯瑞则相对上更自由地加以注释，汤奈姆就更不消说了。不过，实际上，由于盖翁的努力经营及其坚固的组织，成功地让巴比伦犹太法典的通用力超越耶路撒冷犹太法典的通用力。的确，此种优位主要是行之于回教国家，不过到了10世纪时，西方的犹太人亦加以采纳。[81]

自此之后，加上俘囚王的职位（因为迫害而）被取消以后，西方即摆脱了东方的影响[82]。例如，法兰克王国的拉比，在加洛林王朝时代，即逐渐走向一夫一妻制，并且继麦蒙尼德斯（Maimonides）[83]与阿

---

[79] 英译者指出Kallah的意思是学者的聚会。此种聚会在巴比伦的诸学院里每年举行两次。

[80] 在拉宾纳·巴尔·胡纳（Rabina bar Huna）的时代告终后（参见本章注71），后来的学者就被称呼为萨伯瑞（Saboräer）。萨伯瑞是“思量者”的意思，他们对亚摩拉所遗留的讲义加以思量斟酌，然后予以修补。萨伯瑞的时代是从5世纪后半到6世纪中叶，一直延续到Rabh Simôna（？—540）的时代为止。

[81] 参见第四章注19。

[82] 公元942年，俘囚王大卫（David ben Zakkai）与哲学家萨迪亚（Saadia ben Joseph al-Fayyumi）一场内部争论之后，大卫的两个继承者为回教徒所杀害。参见Graetz, *History of The Jews* (3rd ed.), p. 201。

[83] Maimonides（1135？—1204），犹太裔的医学、神学与哲学家。生于西班牙，为逃避迫害而移居开罗，并殁于该处。除了多部医学著作及一部哲学作品之外，着有密许那的批注集Mischne Thora（1158—1165）及犹太法典的编纂集（1170—1180）。他引介亚里士多德的哲学，并试图调合信仰与理性。

舍(Ascher)[84]的饱学之作后——尽管正统派认为那是理性主义的作品而加以排斥——西班牙犹太人约瑟夫·卡罗(Josef Karo)[85]终于创作出比回教国度里的教会法著作更加便利与简洁的提要书《舒尔翰·阿鲁克》(*Schulchân 'Arûch*);实质上,此书取代了犹太法典里的解答的权威,并且,譬如在阿尔及利亚的首府阿尔及尔(Algier),甚至连同整个欧陆,此书如同法典般支配了实务运作。

本来的犹太法典的法学,形式上明白显示出神圣法所具有的典型属性,这是由于此一法学强烈的学术性格,以及其于密许那注释的形成时期,与裁判实务有着(比起前此和此后)较为松散的关系;换言之,在此法学里,具强烈支配性的是纯粹理论建构出来、而实际上毫无生气的决疑论,此种决疑论在纯粹理性结构的狭隘限制下,无法发展成一种真正的体系。法律借着决疑论而纯化绝非微不足道,然而生法与死法却因此相互交缠混杂,而具有法律拘束力的规范与伦理规范也无从区隔分辨。

在内容上,早自犹太法典编纂前的时代起,就已经大量吸纳承袭周围近东地区的相关内容——最初主要是受巴比伦影响的地区,然后是大希腊文化和拜占庭影响所及的地区。然而并非所有犹太法律里和近东共通的法律相牟合之处,皆是承接而来的。另一方面,认为犹太人在其自有的法律基础上,发展出资本主义的交易法之类的重要法律制度,然后将之输往西方的这种近代时而被提及的假说,似乎也并不可信。附有执票人条款的票券,早见于汉谟摩拉比时代的巴比伦法律,问题只在于:此种票券在法律上到底是一种

---

[84] Jocob ben Ascher(1280—1340),生于德国,死于西班牙的托雷多;其法律著作 *Turim* 写于1327—1340年间,共分四部,第三部(Eben Haèser)所处理的是婚姻法,第四部(Choschen Mischpat)则是其他私法和裁判法。

[85] Joseph Karo(1488—1575),16世纪中叶左右写出犹太法的提要书,Schulchân 'Arûch 在希伯来文里意指"打点妥当的食桌"。

免责证券(Legitimationspapiere),还是一种无记名证券(Inhaberpapiere)。[86] 前者亦见之于希腊化地区的法律。不过,法律结构与西方的无记名证券的情形并不相同。西方的无记名证券是从日耳曼的观念——视票券为权利的“载体”——产生出来的,并且因而在“商业化”的意义上具有高得无法相比的实效力。况且,再明白不过的是,西方的有价证券的先驱形态,正是从具备理性形式的、中世纪早期的**诉讼**的诸多需求当中蕴生而来的,所以很难说是犹太法律实务影响下的产物。再者,令票证具备“有价证券”性格的条款,原来根本不是为了商业的目的,而是纯粹为了诉讼上的目的,尤其是为了要弥补欠缺诉讼代理的目的。[87] 迄今,尚未有任何一种法律制度,确实证明是由犹太人所输入的。

并非在西方,而是在东方,犹太法真正扮演影响其他民族法律的角色。摩西律法的重要成分,为基督教化的亚美尼亚所承袭,并成为其法律后续发展的一大要素。在卡札尔王国(Chazarenreich)[88]里,犹太教为国教,因此犹太法律在那儿取得完全正式的效力。最

---

[86] 免责证券是指单单准许借方以支付持票人欠款来清偿债务的票券,而无名记名证券则是凭券即应付款给执票人的真正的流通证券。

[87] 参见 H. Brunner, “Beiträge zur Geshcichte und Dogmatik der Wertpapiere,” *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Bd. 22, S. 518 ff.; Bd. 23, S. 234 ff.; “Das französische Inhaberpapier des Mittelalters und sein Verhältnis zur Anwaltshcaft, zur Zession und zum Orderpapier,” *Abhandlungen zur Rechtsgeschichte*, Bd. 1, S. 487 ff.。

Brunner 将指定证券和无记名证券(在中世纪两者很难区别)的起源归诸中世纪的日耳曼法里并不允许诉讼代理和债权让渡一事;这些证券对被指定人和持券人赋予诉讼代理人和债权让受人的地位。

[88] 卡札尔人为公元3世纪到10世纪活跃于黑海与里海之间的高加索地方的民族,10世纪时为俄罗斯人所征服。7世纪与8世纪之间,许多的卡札尔人改信犹太教,不过犹太法并未成为卡札尔人的国家的一般法,而只是犹太教信徒的法律。

后，俄国人的法律史似乎也显示出，最古老的俄国法律的若干要素也是循此途径而在犹太—塔穆德法典的法规影响下形成。

反之，在西方则看不到这种现象。当然，某些交易形式通过犹太人输入西方，也不是不可能的，但这些恐怕不是犹太民族固有的制度，而毋宁是叙利亚—拜占庭的制度，更可能是以此为中介的希腊化的制度，或者究极而言，或许可溯源到巴比伦而为整个东方共通的制度。我们必须考虑到，在东方的商业技术输往西方的这件事上，至少在古代晚期，和犹太人竞争的对手，特别是叙利亚人。真正的犹太法，包括其债权法，尽管在法律行为的类型方面有较自由的发展，但就其形式的性格而言，的确不是近代资本主义所需的种种制度适于孕生的温床。

犹太神圣法的影响，自然是在家族与犹太会堂的内部生活里最能够有所发挥。尤其是关系到"仪式"时。经济的规范（例如安息年）[89]，要不是仅限于圣地（即使在圣地，现今也由于拉比的许可而废

[89] 《旧约圣经》里关于安息年（Sabbatjahr）的记载，如《出埃及记》（23：10－11）："六年你要耕种田地，收藏土产，只是第七年，要叫地歇息，不耕不种，使你民中的穷人有吃的，他们所剩下的，野兽可以吃。你的葡萄园和橄榄园也要照样办理"。《利未记》（25：1－7）："耶和华在西乃山对摩西说，你晓谕以色列人说，你们到了我所赐你们地的时候，地就要向耶和华守安息。六年要耕种田地，也要整修葡萄园，收藏地的出产。第七年地要守圣安息，就是向耶和华守的安息，不可耕种田地，也不可修理葡萄园。遗落自长的庄稼，不可收割，没有修理的葡萄树也不可摘取葡萄。这年，地要守圣安息。地在安息年所出的，要给你和你的仆人、婢女、雇工人，并寄居的外人当食物。这年的土产也要给你的牲畜和你地上的走兽当食物。"

不过，在《申命记》里也有与此非常类似的"豁免年"制度的记载："每逢七年末一年，你要施行豁免。豁免的定例乃是这样，凡债主要把所借给邻舍的豁免了，不可向邻舍和弟兄追讨，因为耶和华的豁免年已经宣告了。若借给外邦人，你可以向他追讨，但借给你弟兄，无论是什么，你要松手豁免了"（15：1－6）；"你弟兄中若有一个希伯来男人或希伯来女人被卖给你，服事你

止)，就是由于经济体制的变迁而过时不用，要不然就像其他各地一样，由于法律建构的作业而形同具文。神圣法在什么范围和什么意义上具有效力，早在犹太人解放之前就已因地而殊异。形式上，犹太的神圣法并没有比其他的神圣法更具特殊性。作为一种特别法，作为不尽然合理地体系化、理性化，且以决疑论加以整备却又不全然依循逻辑来完成的法律，犹太的神圣法所显现出的毋宁是某种特定产物——在神圣规范的控制下，以及祭司和神学法律学者对此神圣规范加以精致化发展下的产物——的一般特色。尽管这个主题再怎么有趣，我们亦无必要在此特别讨论。

八　教会法

基督教的教会法比所有其他的神圣法，至少相对而言，具有较特殊的地位。首先，教会法的一大部分，基本上比其他的神圣法要来得理性，在法的形式上也有较高度的发展。再者，它与世俗法的关系，打一开始就采取较为明确的二元论立场，而这两个领域判然区

(接上页)六年，到第七年就要任他自由出去。你任他自由的时候，不可使他空手而去，要从你羊群、禾场、酒醡之中，多多的给他，耶和华你的上帝怎样赐福与你，你也要照样给他。……你任他自由的时候，不可以为难事，因他服事你六年，较比雇工的工价多加一倍了。耶和华你的上帝就必在你所作的一切事上赐福与你。”(15：12—18)

根据韦伯的说法：“在以色列时代后期时，尽管有了实际施行安息年的证据，不过，即使法律再怎么断然威吓规避此项规定的作法，或者尼希米为首的誓约团体早已严正地谆谆告诫(《尼赫迈亚记》10：31)，而希雷尔(Hillel，公元前1世纪的犹太学者)也作了最终的敲板定案，然而我们还是发现到有一种可以借着契约而使此项规定无效的形式存在(所谓的 Prosbul 的形式)”。另外，《尼赫迈亚记》10：31 的内容为：这地的居民若在安息日或什么圣日带了货物或粮食来卖给我们，我们必不买，每逢第七年必不耕种，凡欠我们债的必不追讨。”(《古犹太教》S. 74)

分开来的情形,是其他地方未曾存在过的。后面这种情形,乃是由于教会在古代的数百年间,一直拒绝与国家和法律有任何关系的结果。至于其较为理性的性格,则是由于以下各种情况造成。

当教会感觉势必要与世俗的权势有所关联时,正如我们所见[90],它即借助于“自然法”(Naturrecht)这样一个斯多噶学派的观念,亦即一种理性的思维图象,来调整其与世俗势力的关系。此外,在教会本身的行政里,罗马法的理性传统依然存活着。其次,中世纪一开始,西方教会在尝试创制其最初真正有系统的法律体系,亦即赎

[90] 韦伯认为,“古代与中世纪的基督教在面对国家时,其立场整体而言是摇摆不定的,或者,说得更精确点,其重心是摆荡于几个显著不同的观点之间”。首先是对既存的罗马帝国——被认为是在反基督者的支配下——抱持一种纯然憎恶的态度;其次是对国家的完全疏离,因此对武力的使用总是消极的忍受(“恺撒的归于恺撒”);再来是远离政治团体中任何具体的行动,例如皇帝崇拜,因为参与这种行动势必导致罪过。然而国家的权威仍旧得到积极的肯定,因为它到底是上帝所设定的;最后是即使是由无信仰者所掌握的国家权威,亦可赋予积极的评价。由于我们所处原罪的状态,国家权威——以神授予宗教上尚未启蒙的异教徒的天生知识为基础——倒是可作为控制该受斥责的罪孽的一种不可或缺的手段,而且亦可作为神意所喜的、所有世上存在事物的一种普遍性制约。“在这四种观点中,首先提到的两个主要是属于末世论期待的年代,不过,在以后的时期偶尔也会突显出来。就最后一种立场而论,古代的基督教基本上从未真正超越过此种观念,就算它已被承认为国家宗教之后依然如此。实际上,一直要到中古教会时期,基督教对国家的态度才有重大的转变,托洛尔区(E. Troeltsch)的研究已精彩地证明了这点。不过,基督教所面临的这个问题——虽然不是只有基督教才碰到——却引发了它特有的、一连串的问题,这些问题一部份是来自宗教内部的因素,另一部份则来自宗教之外。这些问题一方面涉及所谓‘自然法’与宗教启示的关系,另一方面则涉及‘自然法’与现实的政治体制及其行动的关系。”(参见《宗教社会学》第 11 章第 6 节《基督教对国家态度的转变》,页 291—293)

罪规定(Buβordnungen)[91]的制定时,正是以日耳曼法当中最为形式的部分为其依据。然后,中世纪时,西方的大学教育,一方面把神学的教育活动,另一方面把世俗法的教育活动,与教会法的教育区分开来,并因此而阻止了其他地方一再出现的神权政治的混合物的形成。古代哲学与古代法学所教导传承下来的严密逻辑与专门法学的方法,必然极为强烈地影响了教会法的整治。教会法律专家的编纂活动因此必然不是(像几乎所有其他地方那样)着眼于解答与判例的收集,而是志在于大公会议议决、教权敕答书与教令的收集,或甚至——也只有在这个基督教会的基地上才会发生的——为达某种目的而适时将这些法源以伪造文书的方式创造出来(伪伊希多尔,Pseudoisidor)[92]。最后,对教会制定法规特别有影响的,是教会职员理性的、官僚制的**官职**性格。在古代教会的卡理斯玛时代终了后,此种官职性格形成教会组织的特征,尽管在中世纪初期的封建

[91] 将宗教上的罪及赎罪方法条例式地列举出来,成为告解神父所用的手册,称为 Buβbücher, Beichtbücher, poenitentialia 等。现今所知最古老的,是爱尔兰和英格兰地区的书册,例如 Cummian 的 *Indicia Cummeani*;Columban von Luxeuil 的 *Liber de poenitentiarum mensura taxanda*(6 世纪末);Theodor von Canterbury 的 *Canones Theodori Cantuariensis*(700 年左右)及 Egbert von York 的书册等。8 世纪时,透过爱尔兰的传道者传入欧陆。欧陆的新著作则有美因兹大主教 Harbanus Maurus(†806)及坎伯雷主教 Haltigar(†831)之书等。此外,沃尔姆斯(Worms)大主教 Burchard(†1025)的 *Decretum* 的第 20 卷在赎罪的实践方面颇具权威性。

[92] 西方中世纪时,出现相当多的伪造文书、尤其是圣职者所伪造的文书。《伪伊希多尔教令集》(*Pseudoisidorische Dekretalen*)是假冒色微拉主教伊希多尔之名所编纂的教会法令集,包含了许多伪造的教会法令,大约是 850 年左右于西法兰克的朗斯地方所制作出来的伪书。9 世纪所制作的这种大部头的伪书,还有诸如《君士坦丁大帝赠予证书》(*Constitutum Constantini*)及收集伪造与变造的敕令集成的《本笃敕令集》(*Benedictus Levita*);无论何者,伪造的目的莫不在于抬高教会权力相对于世俗权力的地位。

时代里一度中断,但后来在教皇格雷戈里时代又再次复活,并取得排他性的支配。此种性格同时也是与古代有所关联的结果。

因此,西方教会以其他任何宗教共同体皆无可比拟的强度,通过理性的法规制定而走上法律创制之路。并且,教会严格理性的层级组织,也令其易于以发布一般法令的方式,永久或一时地(因时制宜地, ratione temporum habita)废止经济上不切实际因而难以实行的各种规则,如我们先前所见的禁止取息规定。[93]

虽然,在许多个别情况下,教会法也未能免除神权政治的法律建构所特有的性质,亦即实质的立法动机和实质的伦理目的,与法规的形式相关要素混合,也因此造成精确性的减低;然而,教会法毕竟是所有的神圣法当中,最以严格形式的法律技术为取向的法律体系。在此,回教法和犹太法所固有的通过解答法律家的活动而形成的法发展,并不存在;再者,带有仪式性格或法律性格而于形式上具有拘束力的规范,在新约圣经里可以说少之又少——此乃其末世论的现世背离所造成的结果,因此,纯粹理性的法制定之路全然通畅无阻。和回教的传法者、犹太教的拉比及学院宗长盖翁差堪比拟者,不过诸如反宗教改革时代的告解神父、灵魂指导者(directeurs de l'âme)[94]和早期清教教会的牧师罢了,而他们所宣扬的司牧者的决疑论,至少在天主教的区域里,也显示出和犹太法典的产物有若干些微的相似性。

不过,在教会法里,所有一切皆服属于罗马教廷中央当局的管辖之下,具有拘束力的伦理—社会规范也只有通过其极具弹性的指令方才得以开展。以此,产生出宗教法与世俗法之间未曾于其他地

---

[93] 参见《支配社会学(Ⅱ)》,页403及以下。

[94] 个人在圣职者当中选择一人来作为自己灵魂的指导者;也有某些地方是由主教来任命某圣职者为地方信徒的灵魂指导者。

方存在过的特殊关系，即教会法成为世俗法迈向理性之道的指导因素之一。其中尤关紧要的，是天主教教会举世无双的理性的“机构”性格。在实体法的领域里，除了诸如占有侵夺之诉（Spolienklage）[95]、最简易占有诉讼（possessorium summariissimum）[96]、无形式契约之承认、尤其是对自由立下遗嘱以利临终托赠宗教捐献之支持[97]等各细部项目之外，原则上，教会法的法人概念（Korporationsbegriff）具有最重大的意义。教会的确是第一个法律意味下的“机构”，并且，以此为出发点，而开展公众团体之为法人的法律建构。关于这点，我们业已说明。[98]

在我们此处主要关怀的民事实体法领域里，尤其是交易法的领域里，教会法具有何等直接且实际的影响力，除了上述诸点外，实在并不怎么确定；不过，整体而言，即使是在中世纪，教会法的效力还

---

[95] 所谓“占有侵夺之诉”是指为了回复被侵夺的占有而诉诸教会法的诉讼。Spolienklage 之名来自《伪伊希多尔教令集》。在此教令集里，有一条伪造法令宣示此一制度：被暴力侵夺其地位与财产的主教（episcopus spoliatus），没有按照刑事追诉的必要（此即侵夺的抗辩权，exceptio spolii）。此一伪法令后来收入《葛拉提安尼教会法令集》（Decretum Gratiani），教会法学者即以此为基础，发展出 Spolienklage 的理论。

[96] Possessorium ordinarium（通常的占有诉讼）是根据来自日耳曼法的地权（Gewere）观念，目标在于断定哪一个当事人具有“先占权”的诉讼，较接近本权之诉（petitorium）。若是因暴力而发生占有侵夺时，则根据占有侵夺之诉（Spolienklage），只要证明占有侵夺的事实即可。为了使其他情况下的占有诉讼能够简易迅速地了结所设计出来的便是 possessorium summariissimum。原来这是以暂时解决为目标的一种假处分，实际上许多的纷争解决即借此完成。不过，即使如此，根据萨维尼作为法官的经验，summariissimum 的裁判也有历经 12 年的情形，而 ordinarium 也有轻易即拖上 50 年，petitorium 则拖上 100 年的情形。

[97] 参见本章注 20。

[98] 参见《支配社会学（Ⅱ）》，页 367，尤其是注 17（页 472）。

是比世俗法来得小。在古代,甚至直到查士丁尼大帝时代,教会法从未曾成功地在法律上真正废除自由离婚,[99]而教会裁判权也只不过停留在听任自由裁量的地步。对整体生活样式作实质性的支配,这个原则上毫无限制的要求,是教会法与所有的神权政治的法律所共通的,然而这样的要求在西方对于法律技术所造成的伤害却相对较小,道理在于:与教会法相竞争的世俗法,是罗马法这样一种法系,不但在形式上已臻于异常完熟,而且随着历史的推演,已成为普遍性的世界法。早期教会本身业已承认罗马帝国及其法律的永续存在——只要此岸的世界依然健在。

不过,教会法的种种要求,一方面面临市民阶层之经济利害的强烈且颇具成效的反抗,包括与教皇保持同盟关系的各意大利城市的市民阶层。在德国与意大利的城市法规和意大利的行会法规里,我们发现,针对向教会法庭提诉的市民,有严厉的刑罚规定,同时也有某些颇具嘲讽作用的规定,让行会得以预付一笔金额来清偿因"利息"而招致的教会刑罚。另一方面,法利害关系者,特别是法实务从业者,他们兼具物质与理念的阶级利害关心,也以本国的律师行会或身份制会议的形式,挺身反抗教会法及(部分而言)罗马法。

教会法对于世俗裁判的影响,除了某些个别的制度之外,主要是落实在诉讼程序的领域上。相对于世俗诉讼基于形式主义与辩论主义的证据法,所有神权政治的裁判无不致力于追求**实质的**、绝对的、而不仅止于形式的真实,此种努力,尤其是在早期,令职权程序的合理的、当然是其特有的实质的方法论得到发展[100]。神权政治的裁判不可能将缘于不法的赎罪及真实的探究委之于诉讼当事人

[99] 尽管教会反对,查士丁尼法典里仍然维持古典时代以来的自由离婚制,只是,若无正当理由,要求离婚的夫或妻,要面对财产上不利的课捐。

[100] 以下参见本章第一节开头几页及注5。

的自由裁量。此种裁判所采取的是“基于职权”的程序（职权主义，Offizialmaxime），并且创造出看来最足以确实保障真正事实可以得到最大确立机会的一套证明程序，在西方，此即审讯诉讼程序（Inquisitionsprozeβ），并且后来为世俗的刑事审判所承受。关于与实体的教会法的斗争，在西方后来基本上是个政治问题，教会法于现今仍有的要求，已不再于经济相关领域具有实际意义。

自前期拜占庭时代结束以来，由于欠缺不谬的教谕当局和大公会议的立法，东方教会的的情况即与回教相类似。不同之处仅在于，和东方的君主相较之下，诸如苏丹的地位与阿拔斯王朝的哈里发地位的分离以来，[101]以及土耳其苏丹自从哈里发的地位由穆塔瓦基尔（Mutawakkil）转让于塞林姆（Selim）之后，[102]拜占庭的君主至少基本上还能做出较为强而有力的政教合一的要求，而这更不是波斯的沙王在面对其什叶派臣民时的薄弱正当性所能够同日而语的。只是，无论是后期拜占庭或俄国或其他的政教合一的支配者，都未能提出由他们来订定新的神圣法的要求，因此，非但为此目的而设的机关无从得见，就连回教那种法学校也一概俱无。其结果，教会法在此仅能局限于其原来的领域，彻底安定下来，但同时也对经济生活没有丝毫影响力。

[101] 哈里发为“阿拉的使徒的后继者”之意，回教教团的最高权威者的尊称，原来兼具世俗的与宗教的权威。苏丹原本意指“伟大的神权制专制君主”，后来转变为“受哈里发委托的非宗教的国权所有者”，亦即统治帝国的世俗的权威者。9世纪后半叶，哈里发与苏丹的分权制成立，阿拔斯王朝的哈里发几乎完全丧失世俗的支配权。

[102] 塞林姆一世（Selim I，1467—1520）为奥斯曼土耳其帝国第九代苏丹（1512—1520在位）。他大破伊朗、远征埃及，建立起横跨亚、非、欧的大帝国。阿拔斯王朝于1256年灭亡后，仍在埃及保有哈里发的虚位，其最后一位君主穆塔瓦基尔将哈里发的地位让渡给塞林姆一世，而在此成立所谓的苏丹—哈里发制。

第六章

公权法与家产制君主的法制定,法典编纂

一　公权力

干预旧有司法集会人团体之形式主义与非理性主义的第二种**权威**力量,则为君侯、行政长官与官员的公权力(Imperium, 禁制权, 官职权力)。此处我们讨论的,并非君侯为其扈从(Gefolgschaft)[①]、

① 韦伯用"扈从"一词时,指的主要是"卡理斯玛的扈从制"。"一个臣服于卡理斯玛的支配团体,我们称之为'卡理斯玛共同体'(Gemeinde),以感情性的'共同体关系'(Vergemeinschaftung)为基础。一个卡理斯玛领袖的**管理干部**并非'官员'。他们也绝少具有技术上的训练。这些干部的甄选,并不以社会

其担任官职的属下、尤其是其军队所制定的特别法，尽管这种法律截至目前，仍留有相当重要的痕迹。[2]这种法创制在过去，曾经导引出非常重要的一种特殊法律结构，例如西洋古代的宾客法(Klientelrecht)、中世纪时的家人法(Dienstrecht)与采邑法(Lehensrecht)。在西洋古代及中世纪时，上述的这种法律关系不受普通法及正规法律裁判的管辖，并且以相当歧异且复杂的方式自成一格。不过，尽管这些现象有其政治上的重要性，但本身却无自己固有的形式结构。就法律制度的一般性格而言，这些特别法实际上是受到其他一些因素所左右，例如西洋古代的宾客法建立在两个基础之上，一个是宗教性的规范，另一个则为因袭性的规则；[3]再如中世纪家人法与采邑法，则带有一种身份制的性格。或者，它们也有可能像今日的公务员法或军法一样，是由某些特别的行政规范及其他的公法来节制，或更为简单地，直属某些特定的实体法与诉讼机关的管辖。

这里真正想讨论的毋宁是，公权力对**普通法**的影响：公权力对于

(接上页注)地位为依据，也不从家族内或私人的隶属关系来决定，其基础在于管理干部本身的卡理斯玛禀赋。‘先知’有其‘使徒’；‘军阀’有其‘侍卫’；‘领袖’则有其‘心腹’(Vertrauensmänner)。无所谓‘任命’或‘解职’。行政官职不是一项终身事业，也没有‘升迁’这类事。其中只有领袖对追随者的召唤，而其甄选的基础是后者的卡理斯玛资格。”(韦伯，《支配的类型》，页64)

② 韦伯此章写于一次大战前，因此他想到的应该是当时仍在王权统治之下的德国以及奥匈帝国的某些制度，特别是为宫廷及军官团所制定的一些规则。

③ “客(Klienten)必须与债务奴隶及隶属民区分开来。一方面，他们并不是像这两者那样受轻蔑的屈从者。相反的，他们形成主人的扈从团，并且与主人保持着一种忠诚关系，也由于此种忠诚关系，主人与客之间在法律上的事端成为宗教性的违犯。他们与债务奴隶相反的是，若主人将此种客属关系加以经济性的利用，就会被认为有失身份尊严。他们乃是主人个人的、政治的权势手段，而非经济手段。客与其主子的关系是由诚实信义(fides)的原则来规制，而此一原则并非由法官来监督，而是由习俗法典，违反者要受宗教性的惩罚(称为‘丧廉耻’，infamis)。”(《非正当性的支配——城市的类型学》，页206—207)

普通法之变更，以及对一个同样具有妥当性的、新的法律之产生有何影响——这个新法可能与普通法并存，或是取代了普通法，要不就是与普通法相对立。特别是，在这种情况下，公权力对于法律的一般形式结构造成何种影响。这里只要再提醒一点：此一类型的特别法的发展程度，毋宁是一种判准，可以观测出公权力，以及被公权力视为支持自己权力之阶层，两者之间相互的权力关系。在英国，采邑法由于王权的阻挠而无法形成类似德国境内的特别法，结果则是被纳入一种统一的“国法”（lex terrae，属地法），亦即普通法之中。代之而起的情况是整个土地法、家族法与继承法皆带有强烈的封建色彩。古罗马的制定法亦在某些个别的规定里提到“宾客”（大部分都是些诅咒的词句），④“主客制度”对罗马贵族的社会地位虽有其重要性，然而，整体而言，法典的用意却是在避免将此一制度编入民法（bürgerliche Recht）的规范领域之内。中世纪意大利诸城市国家的“条例”（statuta），就像英国的法律一样，创造出统一的“属地法”（lex terrae）。中欧的大陆国家则缺乏此种成就，一直要等到专制主义的君主国家崛起。虽然如此，这些君主国家仍然刻意保留上述特别法的某些实质成分，一直到近代的国家**机构**出现才全面废止。

君侯、行政长官与官员，在何种条件下得以正当地创制或影响普通法，并确实有力量如此做？以及，在不同的法律领域与地区里，这种权力得以伸展至何种程度，其背后的动机如何？这些问题将留待我们处理支配的类型时再予以讨论。实际上，上述权力有许多不同的形式，并因此而导引出各种不同的结果。

---

④ 例如十二铜表法中表八之二一：“恩主（patronus）若诈骗其客（cliens），应于神前宣誓充作祭神的牺牲品。”（Patronous si clienti fraudem fecerit, sacer esto）这和儿子殴打父亲所受到的诅咒是一样的。另参见邢义田编译，《古罗马的荣光——罗马史资料选译》（台北：远流，1998），页123。

一般而言，君侯用以维持治安的禁制权，最初所创制出来的产物之一，便是合理性的刑法。军事的考量，以及对“秩序”之普遍性的关怀，皆要求此一领域的规律。次于宗教性的私刑，[5]君侯的官职权力，可说是独立的“刑事诉讼”的第二个主要来源。教士在此一发展中，自然也有其直接的影响。例如在基督教世界里，教士就极为关切如何根绝血族复仇与决斗的问题。俄国的君侯(knyaz)早先也只不过是扮演仲裁者的功能，然而在基督教传入之后，即于主教的引介下，创制出一套决疑式的刑法。而“刑罚”(prodazha)的概念，也只有到此时才在术语上出现。[6] 西方世界的情形亦复如是，而回教世界以及(尤其是)印度，教士阶层的理性倾向也扮演着重要角色。出现在所有早期的制定法里、有关人命金(wergelt)与赎罪金的详细价目表，似乎就是在君侯影响下的一个结果。

一旦定型化的赎罪条件开始发展，两种赎罪金并存的情况，似乎即成为一种普遍的现象(根据宾丁的说法，确曾存在于日耳曼法律里[7])：一种数额较大，特别针对杀人及其他势必引起血族复仇的

---

⑤ 参见第一章第五节最后一段、第二章注21所在本文、第三章第四节。

⑥ prodazha在现代俄文里意指“卖”、“交换金钱”，不过，其原始意义却是“刑罚”或“罚金”。在有关械斗的规定里往往附带有人命金的赔偿办法，这一点即使在基辅(Kiev)的大公Vladimir I(980—1015)皈依基督教之后，仍相当普遍。

一般认为“最早的”俄国法典乃是出现在Yaroslav Ⅰ(1019—1054)时代的*Russkaya Pravda*(近代学者对此仍有怀疑)。不管怎么说，在这部法典里，死刑或肉刑等公共刑罚仍相当罕见。根据法典，任何犯罪者除了要赔偿“人命金”给被害者或其族人外，还得交一笔罚款给君侯。这个规定亦见之于日耳曼法律，日耳曼王权逐渐强大时，亦规定犯罪者除了赔偿“人命金”以外，还得交付一笔“和平金”(fredus)给君侯。在俄国，这笔罚款即称为prodazha。

⑦ Karl Binding(1841—1920)，德国刑法学者，历任巴塞尔等大学教授。韦伯此处所提到的应该是其著作：*Die Normen und ihre Übertretung*(1890，S. 415)。

侵害事件;另一种数额则小得多,适用于所有其他的违法行为。或许就是在君侯的影响下,出现了一套相当怪异的赎罪金价目表,涵盖了所有可以想见的各种违法行为。在此情况下,每个人在犯罪之前,或者在提起法律诉讼之前,都可以预先估量一下"代价"的问题。实际上,对于任何时代的农民阶层而言,关于犯罪与刑罚的纯粹经济性考量总是凌驾于其他的顾虑之上。然而,从所有赎罪金数额之确定化所呈现出来的形式主义,我们也可以看出他们已不愿再屈从于支配者的任意裁量权。一直要等到司法裁判完全走上家父长制的发展途径后,这种严格的形式主义才逐渐为一种较为弹性——有时却也是完全恣意而行——的量刑方式所取代。

由于"刑法"被视为保障形式上的秩序与安全的一个手段,因此刑法与君侯的禁制权的关系较为密切。相形之下,公权力介入"民法"的领域,不管在何处都要晚得多,而且介入的方式及其结果也极为纷呈多样。

在某些地区,当君侯或行政长官创制出自己的法律后,为了将之与普通法作一区隔,通常都得明白标示出这些法律的特殊来源。例如古罗马执政官的法令"ius honorarium"、英国国王的诏令"writ Recht"、英国大法官的"equity"等。此种法律是经由一种特殊的"司法禁制权"(Gerichtsbann)创制出来,拥有这种权力的则是负责司法行政的官吏。不过,他们在创制这些法律时,依然得尽量取得法律名家的合作,例如罗马的法律顾问或英国的律师。这些从事法律实务的人,必须设法满足其当事人的要求。握有此一权力的官吏,有时可以直接对法官下达具有拘束力的诉讼训令(例如罗马的执政官)。或者是,对当事者发出具有拘束力的禁止令(injunctions)——如英国的詹姆斯一世(James I)在面对大法官与普通法法庭的冲突时,便将这项权能授予大法官

（弗朗西斯·培根）。[8] 也可能以当事人同意或强迫的方式，将案子转移到行政官员的法庭去，例如英国的王室法庭（稍后则为大法官法庭，Chancery Court）。以此方式，官员创造出新的法律手段，而这种新的法律手段到最后往往广泛地剥夺了原有的普通法（如罗马的市民法 ius civile、英国的普通法 Common Law）的效力。

官吏之所以在实体法上有如此的创新，共通的因素是他们迫切需要一套比较理性的诉讼程序，而其背后的动力则来自经营理性经济活动的团体——亦即市民阶层。特示命令诉讼（Interdiktionsprozess）[9]与事实诉权（actiones in factum）[10]的存在，即可证明早在古罗马时期，法务官已在法律诉讼上取得支配性地位——他可以直接对审判人下达诉讼训令，而这还是在《伊布提阿法》（*lex Aebutia*）出现之前许久的事。[11] 不过，我们只要稍微浏览一下告示的实质内容，即可了解程序书诉讼程序（Formularverfahren）的出现，是为了配合市民阶

⑧ 这是指 1616 年发生于普通法法庭首席法官柯克（Sir Edward Coke）与大法官艾勒斯密尔（Ellesmere）之间的著名争执。被普通法法庭起诉的两名被告为了请求发给禁止令——命令诉讼停止进行，而向大法官法庭提出诉愿。国王詹姆士一世听从包括法务大臣培根（Sir Francis Bacon）在内的委员会所作出的意见，而下达有利于大法官的决定。据说，培根的意见对国王的决定具有重大影响。不过，培根担任大法官，是 1618 年的事，本文中将他当作是事件当时的大法官，并不正确。此外，他与那位有名的哲学家弗朗西斯·培根正是同一个人。

⑨ 参见第四章注 58。

⑩ 参见第四章注 38。

⑪ 《伊布提阿法》是成立于公元前 2 世纪后半（大约公元前 149—前 125）的法律，内容在于承认，即使法律诉讼得以成立的案例里，罗马市民相互间也有选择程序书诉讼的自由。其后，根据《关于民事诉讼的朱利乌斯法》（*lex Iulia iudiciorum privatorum*），法律诉讼被废止，单只采行程序书诉讼。不过，在《伊布提阿法》之前，即使法律诉讼未能成立的案例里，市民相互间也早就采用程序书诉讼。另参见本书第一章注 14。

层的商业需求，特别是当时的商业活动已日益频繁；同时，某些起源于巫术观念的形式主义，亦因此而被废除。英国及法国的王室法庭，最大的吸引力即在于（就如罗马的一样）从官式用语的形式主义中解放出来。英国同时也废止了麻烦的、形式主义的传唤程序，代之而起的是由国王发出“罚则传唤”。（Ladung sub poena）⑫并且，和西方世界许多地区一样，准许讯问做过宣誓的当事人。英国的王室法庭也逐渐走上陪审制，承认文书的证明效力，同时废除了许多市民阶层所无法忍受的、非理性的证明手段，尤其是决斗。

英国的衡平法（Equity）尽管是实体法的重要创制，大量的运用却还得等到17世纪以后。路易九世（Louis Ⅸ）⑬——就像亨利二世（Henry Ⅱ）⑭及其后继者，特别是爱德华三世（Edward Ⅲ）⑮——的法律事业里，最重要的就是发展出一套比较理性化的证明程序，并清除尚带有巫术色彩以及人民法庭审判意味的形式主义的残余。然而，英国大法官的衡平法在其相关的领域内，也清除了陪审制，而这却是英国王室法庭的最重大成果。结果就是英国及美国——一

---

⑫ 英国普通法法庭里的诉讼，是从发出所谓“诉讼开始令状”（original writ）起步，然后依据此种令状的种类来决定此一事件的诉讼方式。相反的，在大法官法庭里，当原告提出形式不拘的诉状，而法庭判断确有提诉的理由时，即对被告发出“附带罚则召唤令状”（writ of sub poena），命令被告出庭，若不遵从则科以100英镑的罚金。

⑬ 路易九世（1226—1270），法兰西国王，又称“圣路易”。在位期间励精图治，为法国史上盛世。统治时期有关法律制度的重要改革如下：废止“神判”的方式；任用专门的法律人才组成王室法庭（Parlements），将封建领主的司法权置于王室法庭的监督之下，承认书面证据与证词的效力。

⑭ 关于英王亨利二世（1154—1189在位）的审判制度改革，参见第三章注28—30及所在本文。

⑮ 英王爱德华三世（Edward Ⅲ，1327—1377在位）的改革，与本文相关联者包括：废止依据决斗来解决审判记录的真实与否的问题，否定被判决无罪者有权对大陪审团成员提起名誉毁损之诉，禁止大陪审团成员加入小陪审团等。

直到今天——都还维持着普通法与衡平法并行的二元体系，而且在许多场合里，也允许原告自行选择任何一种审判方式；因此，我们还是可以发现存在于形式上的区别——有陪审团的普通法审判与无陪审团的衡平法审判。

整体而言，公权法的技术手段具有纯粹经验性与形式主义的性格，特别是经常地应用拟制，这点早在法兰克国王的敕令里即可发现。[16] 我们自然也可预期，凡是直接从实际的法律运作里产生出来的法律体系，都会具有此种共通的性格。结果是，法的技术性格，即使是在公权法出现之后，仍没有什么转变。实际上，法的形式主义反而经常被强化了。不过，正如衡平法一词所显示的，意识形态的立场当然也可能导致公权力的介入司法。只是在此情况下，公权力得与一套法律体系相竞争，可是它既不能否定此一法律的正当性，也不能摧毁此一法律的一般性基础。实际上，通常只有当强大的压力团体有其迫切的需要时，例如为了对抗上述的用语的形式主义与非理性的举证手段的情况下，公权力的介入才会得到支持。

当现行法律可经由君主发布的命令直接予以更动，而且其妥当性等同于普通法时，公权力即可大幅提升。就我们所知，例如：法兰克王国的一些诏令（capitula legibus addenda，部族法典附加敕令）；[17] 近古意大利城市门阀所发布的诏令；晚期罗马皇帝的敕令是具有正式法律效力的（我们得知道，在早期帝国时，皇帝的敕令只对其官吏

---

[16] 英译者在此引 H. Brunner 的著作里（*Deutsche Rechtsgeschichte*，1. Bd.，2. Aufl.，S. 546）所见的事件为例：根据《萨利法典》（*Lex Salica*）第 1 章第 3 则，召唤被告应前往被告的住家来进行；然而 9 世纪中叶以后，由于诺曼人的入侵，许多住家都遭焚毁，国王秃头查理（Charles the Bald，843—877 在位）遂于 864 年颁布敕令，若遇此情况，执事者应前往曾经是住家的所在处进行假装的召唤，以此即可视之为“依法”进行召唤。

[17] 参见本书第三章注 58。

有拘束力)。当然,大致上,这种敕令如果没有得到望族(元老院、御前会议)[18]、有时甚至是司法集会人团体的代表的同意,是不会颁布的。[19] 并且,至少在法兰克人长久的意识里,这种形式的律令并不能创造出真正的法律来,而这对君主立法权的发展也构成相当严重的障碍。从这个阶段起,一直到西方军事独裁者或东方家产制君主之事实上完全操控与支配法律,自然是有许多过渡阶段的。

二　家产制君主的法律之身份制结构与家父长制结构

当然,家产制君主的法创制通常还是会相当程度地尊重传统。不过,倘若他的制法愈是成功地(而且大半有此倾向)完全排除司法集会人团体的裁判,那么也就更能便宜行事,并且发展出自己特有的形式性质并将之烙印于法律体系。这种形式性质可以有两种不同的性格,端视此一家产制君主权力所赖以存在的不同的政治条件而定。[20]

其一,当君主自身的政治权力被视为一种正当取得的主观权利时(就像一般的财产权一样),君主立法权的出现,是为了让他能将其所拥有的完整权力之中的一部份,以**主观**权利(特权)的方式让渡给其他人,不管是个人还是团体(官吏、臣民、外国商人等),因为,此

---

[18] 这里指的应是法兰克王国的"帝国会议"(Reichstag, Reichsversammlung),以及罗马帝国的皇帝的"顾问会"(consilium principis)。

[19] 例如查理大帝于803年的亚琛(Aachen)帝国会议里进行新部族法典的编纂与旧部族法典的修改时,即征求各部族民代表的同意。

[20] 此处所指自然是"身份制的家产制"与"家父长制的家产制"的对立。参见《支配的类型》,页39及以下;《支配社会学》,页180及以下、页208及以下。

种特权的授予必须得到君主司法机关的尊重,才有作用可言。在此类型里,“客观的”法律与“主观的”权利、“规范”与“请求权”,不过是二而一的而且,如果首尾一贯皆是如此的话,则整个法秩序可说只不过是一整串十足特权的组合罢了。

君主拥有立法权的**另一种**类型则正好相反:他绝不将任何可能会束缚自己或其司法机关的特权授予其他的人。在此类型里,有两种可能性:君主握有完全自由的裁量权,根据个别的情况下达命令;在此情况下,不管是“客观的”法律,还是“主观的”权利等观念,皆无存在的空间。另一种可能性是,君主会对其官吏发布包含有一般性指令的行政规则(Reglement)。这种行政规则的存在意味着,除非接到进一步的指示,否则官吏就必须根据原先的指令去处理被统治者关心的各种问题,并解决他们的纷争。在此情况下,当事人固然期望能得到一个有利于他的判决,只是这并非他的“主观的权利”,而只不过是在行政规则的运作下一个纯粹事实性的“**反射效用**”。换言之,其间并无任何法律的保障。这就像是一个父亲虽然对他的儿子抱有某些期许,但并不会想到用任何形式上的法律原则、或是固定的程序形式来束缚他达到这些理想。究其实,极端的“君父(家父长)型”(Landesvater)司法,也只不过是将原先家族内解决纷争的办法,转用到政治团体上。在其最为首尾一贯的情况下,整个司法体系皆被解消为“行政”的一环。

我们将称呼第一种为家产制君主的司法审判之“**身份制的**”(ständische)类型,另一种则为“**家父长制的**”类型。司法与立法若属于身份制类型,则法秩序可说是相当严格的讲究形式,但却又是非常具体的,换言之,非理性的。在此情况下,只能发展出一种“经验式”的法律解释。整个“行政”可说是有关“特权”的协商、讨价还价与约定,并对达成的内容予以确认。它的运作就此而言类似法律程序,形式上也很难与司法机关区分开来。英国国会与昔日皇家枢密

院的行政程序就是这样，它们在最初都是同时兼具行政机关与司法机关的性格。身份制的家产制之最重要且唯一完全发展成熟的例子，仅见于西洋中古时期的政治团体。

相反的，在纯粹家父长制的法行政里，法律可说完全是非形式化的——如果这样一套在纯粹“行政规则”支配下的体系还可被视为“法律”的话。司法机关重视的是探究实质的真相，而将搜寻证据的程序规则置之度外。法行政因此不免常与巫术性的搜证程序发生冲突，不过，世俗程序与宗教程序之间的关系可说是变化多端的。在非洲，原告可以将原先上诉于君主判决的案子，转而为依赖神判、或诉诸崇拜物神的巫师（Oghanga）——古老宗教裁判的担纲者——在幻觉下狂迷忘我式的判决。另一方面，严格家父长制的君主裁判不仅破坏了主观权利的形式保障，同时也因为试图满足客观上的“正确”与“衡平的要求”来解决利害冲突，从而破坏了严格的“辩论程序”的原则。

虽说家父长制的司法裁判，由于遵守确定的原则，确实**可以**在某种意义上被视为理性的，然而，如就其思考模式的逻辑理性而言，则并非如此；因为，它的目标主要在追求社会秩序的**实质的**原则，不管内容是政治的、福利功利主义的或伦理的。再者，所谓司法与行政的合一，并不是说所有的行政皆采取司法的形式，情况毋宁恰好反过来——所有的司法皆具有行政的性格。君主的行政官员同时也兼具法官的身份，君主本身则以“王室裁判”的方式任凭己意介入司法，其自由裁量权考虑的重点则为衡平、权宜与政治等。司法救济在他看来，大多也只不过是种任凭己意而赐予的恩宠，或根据不同个案所给予的特权，其条件与形式亦由此决定；同时去除掉非理性的形式与取证的手段，以利于官方自由地探究真相。此种理性的司法体系的理想型，可以“所罗门式”——圣经里所记载的所罗门王采用的方式——的“卡地裁判”为例，潘哲在担任总督时主持的司法

审判亦为一例。[21]

所有家产制君主的司法体系皆有往此方向发展的趋势。英国国王的"令状"（writs），是诉诸国王之无所拘束的恩宠而获得的。"事实诉权"则可让我们推测，最初古罗马的政务官到底拥有多大的权限可以自由地决定是否授予诉权（一时诉权，actiones temporales）。[22] 近世英国官方的司法也同样呈现出衡平的形式。路易九世在法国的改革则全然是家父长的性格。东方诸国，就像印度的司法，只要不是教权制的，其性格本质上皆为家父长制。中国的司法则是另一种典型：以家父长制的权威，解消掉存在于司法与行政之

㉑ 关于所罗门的裁判，参见《旧约圣经·列王纪上》（3：16—28），内容是关于两个妇人相争一个男孩的故事。在两造各执一词的情况下，所罗门王吩咐人拿刀将男孩劈成两半，一人得一半。真正的母亲"为自己的孩子心里急痛，就说，求我主将活孩子给那妇人罢，万不可杀他"，另一妇人说"这孩子也不归我，也不归你，把他劈了罢"，所罗门王据此判决孩子应给不忍孩子被劈的妇人。

潘哲（Sancho Panza）是帕拉塔利亚岛的总督，关于他所下的判决，参见 Cervantes，*Don Quijote*，Ch. 45。

㉒ 英译者认为原文的 actiones temporales 显然是错误的，而以 dengatio actionis（诉讼拒绝）代之，并详细批注其理由（*Max Weber on Law*，p. 264 with n. 29）。不过收录在 *Economy and Society* 里的译文则略去此一批注，但本文里仍保留 dengatio actionis 的译法。日译者认为此种解法并无不可，但原文的 actiones temporales 也不是不能理解。盖因市民法上的诉权原则上是永久的（永久诉权，actiones perpetuae），而法务官法上的诉权原则上是一年期间后即告消灭的一时诉权。不过，盖尤斯也有以下这种说法："此处要注意的是，法律及经由元老院议决所创立的诉讼，法务官准许其永久的实行，反之，依存于法务官固有的诉讼掌理权的诉讼，多半仅承认其一年的期限。虽然如此，法务官有时也会永久承认以下这种诉讼。例如，法务官模仿市民法而承认的、准许遗产占有者对处于继承人的地位的其他人所实行的诉讼。又如对现行盗贼的诉讼，虽然是基于法务官本身的诉讼掌理权而创立的，但也获得永久的承认。"（《法学提要》4：110 以下）

间的区隔。帝王的诏令兼具训诫与命令的性格,一般性的或是在具体的案例里介入司法。只要不是在巫术性的制约之下,则司法一般皆倾向以实质正义——而非程序正义——为其判决的基准。从程序正义或是经济的“期待”的角度而言,这显然是一种强烈的非理性的、具体的“权衡”裁判的类型。㉓

公权力介入法形成与司法的现象,发生在各式各样极端不同的“文化阶段”里;而且主要是由政治力而非经济力所决定。因此,在非洲,当一个酋长的权力,由于合并了巫师的权力、战争的日趋重要、或是垄断了对外贸易而大幅扩张时,古老的形式主义与巫术性的诉讼程序以及传统之独占性的支配,通常都会被完全摧毁。取而代之的诉讼程序是,以君主名义发出的公开传唤,通常还得加上被传唤者的“宣誓”(Anschwörung)㉔;公开审判,由证人提供的理性证据则取代了原先的神判;法律的制定有的地方是由君主个人为之,例如非洲的阿散蒂人(Ashantis)㉕,或者是由君主提出,而由团体通过,例如南几内亚(Guinea)㉖。不过,君主、酋长或是他们的法官,通常都依凭己意以及对衡平的感觉做出裁决,而不受任何正式规则的束缚。这种现象可见之于许多文化极端不同的地区,例如巴苏陀、巴拉隆、达荷美、穆塔卡桑布以及摩洛哥。㉗ 唯一的限制是,如果君

㉓ 除了本书第五章第四节“中国法”的部分外,另参见《支配社会学(I)》,页132—133;《中国的宗教:儒教与道教》(修订版),页232及以下。

㉔ Anschwörung应该是指让被召唤者对于在所定的日期里出庭一事加以宣誓的意思。伴随的观念是,如未出庭,将招致巫术性的灾厄,亦即附带条件的自我诅咒的宣誓。

㉕ 此一部族曾于非洲加纳共和国的中央地区建立一个独立的国家,19世纪时曾为英国的殖民地。

㉖ 非洲西南海岸之一地区。

㉗ 巴苏陀人(Basuto)为班图族一支,居住在南非Basutoland。巴拉隆人(Baralong)亦为班图族一支,居住在南非Bechuanaland。达荷美(Daho-mey)

主太过明目张胆地违背法律,特别是违反了被视为神圣的、且又为君主自身之“正当性”所赖以为基础的、传统的规范时,他就得冒着失去王位的危险。

当(世俗的或兼具祭司性格的)君主虔诚地奉献于宗教目的,尤其是,如果他所提倡的宗教带有某种伦理——而非仪式主义——的性质时(**信念**宗教伦理, **Gesinnungsreligiosität**),家父长制行政上述那种反形式、讲究实质的性格,即会达到最强烈的程度。在此情况下,教权制之下各种反形式的倾向,即可从原本应当会产生有效约束力的、仪式主义的、形式化的神圣规范里解放出来,同时结合了家父长制行政下福利政策的无形式性,最终目的则在培养出正确的**心态**(innerer Habitus)。这样的一种行政极为接近“灵魂司牧者”(Seelsorge)的性格。存在于法律和伦理、法律强制和家父长的训诫、立法动机和法律技术之间的界限,至此荡然无存。古印度佛教君主阿育王的诏敕,可说是最近似此类“家父长制”的范例。[28]

不过,一般较为常见的家产制君主的司法,还是结合了身份制与家父长制的要素,以及司法集会人团体(Dinggenossenschaft)之形式

(接上页)为位于非洲西岸尼日利亚西邻的国家。穆塔卡桑布(Muata Cazembe)是位于 Mweru 湖之南到 Bangweulu 湖之北地区(南纬 9—11 度)的世袭首长 18 世纪末时,其权威受到广泛的承认,一直到 19 世纪末,才逐渐失势成一个小首领。摩洛哥在今日北非。

㉘ 阿育王(Asoka)是印度孔雀王朝第三代君王(公元前 268—前 232 年在位)。在他治世初期,彻底以武力实行专制支配,后来痛感战争之悲惨,而于公元前 260 年左右皈依佛教,以“万人皆我子”之心,致力实施以“法”(Dharma, 普遍的伦理)为本的政治,保障其全面领土的非暴力与和平。不过,孔雀王朝之得以支配广大的领土,靠的是强大的军力与丰沛的经济力,还有规整完备的统治组织,绝非单只是道德的理念之力使然。在阿育王的政治里,法律与伦理密不可分,他于公元前 257 年设立“大教法官”,然后透过以此官职为顶点的国王官吏组织,他律性地置人民于法律与伦理的强制支配之下。此外,关于阿育王的诏敕,参见《印度的宗教:印度教与佛教(II)》,页 378 及以下。

的诉讼程序。至于前两个要素中,究竟何者能占有优势?基本上得视当时的政治情况与权力关系而定,详细的讨论请参考有关"支配"的章节。除此之外,在西方,(最初是根据政治情况所决定的)司法集会人团体的传统,则根本就否定了国王之兼具审判者的地位,由此亦可得知"身份制"类型在西方司法上所具有的重要性。

上述典型的家产制法律的特质,在近代西方世界,终究为理性—形式的要素所取代,之所以如此,乃家产制君主行政自身的内在需求,特别是为了对抗**身份制**特权的支配,并清除原先存在于司法与行政体系中的身份制的性格。就此而言,理性化的日渐增强,换言之,即形式的法律的平等性与客观的程序规范之逐渐居于上风,是在下述的利益考量下达成的:君主为了扩张自己的权力,必须对抗那些(身份制的)特权拥有者。以"行政规则"取代"特权",就是在这种考量下的措施,同时也为君主的权力扩张与法律的理性—形式化奠定了基础。

然而,万一需求的方向并非如此,而是为了限制**家父长制**完全的恣意专断,而得以(1)确立明确的规则,特别是,(2)设定被支配者在裁判上确切的请求权,亦即作出其"主观权利"的保障时,事情就另当别论了。这两者,如吾人所知,并非同一回事:依照明确的行政规则解决纷争,并不意指受保障之"主观权利"的存在。不过,后者不单意味着明确的客观规范的存在,也意指严谨意义下的客观的"法"的存在,而这至少在私法领域里,是保证会受客观规范所约束的唯一确实的形式。追求这样一种保障的正是经济上的利益团体,而君主为了其财政上和政治势力上的利益,有时也会施恩拉拢他们,让他们靠拢自己的阵营。

其中最为热切的,自然非市民利益阶层莫属。他们必然要求一种毫无二义的明确法律,既不受非理性的行政恣意所影响,也不受具体特权的不合理干扰,特别是能够确实保障契约之法的拘束力。换言

之，能够完备所有这些特性而具有**可计算性**之功能的法。以此之故，君主与市民阶层的利害关系的结合，成为促进法之形式—理性化的最重要动力之一。不过，这并不是说，这两股势力的直接"合作"总是必然不做它想的。任何一种官僚行政皆具的功利主义的理性主义的独特性格本身，早就自行积极迎合市民阶层的经济的理性主义。君主的财政利害关心也早就为资本主义的利益铺设了一条康庄大道，尽管这实在大幅超越当时既有的资本主义利害关心所实际要求的范围。

不过，权利的保障，也就是不受君主及官吏的恣意左右的权利的保障，从来就不属于官僚体制真正**固有的**发展倾向。而且，也绝不必然存在于资本主义的利害关心的趋向中。只要所牵涉到的是基本上以政治为取向的那种古老的资本主义，那么情形就完全反过来，至于此种资本主义与近代特有的"市民的"资本主义的对比，我们有机会再谈。[29] 再者，市民的资本主义在其初期，它那种对于受保障的权利的典型关切，要不是尚未显现出来，就是表现得甚为有限，有时甚至反其道而行。因为，不止大规模的殖民独占者和商业独占者，连同重商主义式生产制造时代里的独占性大企业家们，莫不是时时要仰赖君主所给予的特权。此种特权，经常破坏了当时现行的普通法，亦即行会法，并且引发市民中产阶层的愤怒抵抗。所以，资本家为了特权的营利机会，不得不付出代价，换言之，甘心忍受相对弱势于君主的、脆弱的法律地位。以此，寄生于政治的、独占取向的资本主义，以及早期重商主义时代的资本主义，莫不关注于家父长制君主权力的创造与维持，而与各身份阶层及市民产业阶层相对抗；此种倾向不仅见于斯图亚特王朝时期，[30]如今更见强化于广泛的

---

[29] 关于这点，韦伯曾在多处论及，特别是《经济与社会》第二章第31节，译文参见康乐、简惠美译，《经济行动与社会团体》，页154—156。

[30] 参见 M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S. 246, 298 ff.（郑太朴译，《社会经济史》，页302、365及以下）。

经济生活领域里，而有愈演愈烈的趋势。[31]

尽管如此，公权力——特别是来自君主的——之介入法生活，无论何处皆有助于法律的统一化与体系化，亦即：促成“法典编纂”(Kodifikation)，而且公权力越是强化、越是持续发挥此种走势的力道就越发强劲。君主要的是“秩序”，是其国家的凝聚与“统一”。此一目的，不仅是行政技术上的要求使然，同时也呼应了其官吏个人的利害关系考量，换言之，通过法的统一，使得官员得以无所分别地被任用于君主所有的支配领域，也因而获得了更宽广的出路契机：他们不再因为仅仅只通晓自己出身地的法律，而被束缚在自己的故里。总的来说，相对于市民阶层之追求法发现的“安定性”，官吏所追求的毋宁是法的“普遍贯通性”(Übersichtlichkeit)。

三　法典编纂的各种推动力

虽说官僚阶层的利害关心、市民营利上的利害关心以及君主之财政的、行政技术的利害关心，事实上都是法典编纂通常的担纲者，但并非唯一可能的帮手。不只市民阶层，其他的政治被支配阶层也可能感受到法律的明确固定化的好处，同时承受他们的这种要求并且(不管自愿或被迫)有所容让的支配权力，也不必然就是君主。

法律的体系性法典编纂也可能是法生活的一种全面而自觉的更新取向所造成。诸如外在的政治新建制，或由于某一政治团体内在的社会统合所导引的阶层或阶级间的妥协，或者在某些情况下这两种(内在、外在)机制共同的作用下，都必然产生此种结果。情形

[31] 英译者指出韦伯此处似乎是想到某些重工业集团和大财团对保守党的支持，而前者发现他们自己经常是与中央党和代表德国的工匠与中产阶级的其他团体的要求处于相对立的状态。

可能是在新领土上由诸团体所进行的计划性新建制，例如古代殖民城市的行政法（leges datae）[32]。也可能是某个政治团体的崭新建立，就像以色列的誓约共同体的情形，这个新团体为此在一定层面上服膺于一套统一的法律。[33] 或者，也有可能是通过阶层或阶级间的妥协来终结一场革命，十二铜表法据说就是如此。[34] 还有可能是在社会的斗争之后，至少是想要维持法律的安定性，而将法律有系统地记录下来。

在最后的这种情况下，最为关切法之记录的，自然就是那些因为缺乏明白确立且全体适用的规范（亦即足以适切监控司法裁判的规范）而受苦最深的阶层。在古代，最典型的就是农民阶层与市民阶层，他们饱受贵族的或贵族支配下的名家裁判或祭司裁判之苦。

---

[32] 有别于民会所议决的法律（lex rogata，参见第三章注46），由政务官单独制定与发布（dare）的法律，称为 lex data。其中，有许多是和各州省、自治市（municipium）和殖民市（colonia）的组织相关的法律。例如关于塔伦东市的市制的 lex（data）municipii Tarentini。

[33] 有关此一“誓约共同体”的问题，是韦伯在其《古犹太教》（*Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Bd. 3, Das antike Judentum）里的中心主题。本文所提的“统一的法律”，参见旧约圣经《出埃及记》20：22—23，33；《申命记》12—16 章；《利未记》17—26 章。

[34] 根据传统的说法，十二铜表法是在贵族与平民的抗争激化下，因应平民要求制定公开的法典而于公元前 451 年由法典制定十人小组（decemviri legibus scribundis consulari imperio）做出十表，再于翌年由新选出的十人小组追加二表所做成。韦伯对于此一传统说法采取“最大保留”的立场。他认为：“吾人应当有此认识，此一立法事业只不过是社会制度改革之路上的一个**阶段**而已，而不是**唯一**的变革。在此，和其他任何地方一样，实质上真正重要的是，做出了成文的、明确的、合理地加以诠释的法，从而摆脱了传统和祭司—贵族对传统的解释之束缚，并且，为了迅速处理诉讼而立下各种严格的规定。此一法律的实质规定，就其流传下来且具有社会史上的重要性而言，决非一个严密的统一体，而毋宁是正如惯常所见的，一种妥协。”（M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial – und Wirtschaftsgeschichte*, S. 219）

在此情况下，法的系统性记录通常广泛地包含了新的法制定，因而一般几乎都是通过先知或类似先知的仲裁者（Aisymnetai）[35]凭着天启或神谕而被示令为法。此时，必须被确保的利益，一方面，经常相当明确地浮现在各个参与其中的利害关系者的脑海中，并且法律调停解决的各种可能方式，通常也通过讨论与鼓吹而充分明朗化，成熟到足以接纳先知或受托者的式令。另一方面，对利害关系者而言，形式的、清楚明白的、足以确切解决争议点所在的法，比起体系性的法，要来得重要。因此，法的规整，通常形之于警句式的、法谚式的简洁，此种特征式的简洁，正如神谕、睿智、或法顾问家的解答典型所见。我们在十二铜表法里也看到相同的特征——这就足以消除人们对于其是否源自于一次（uno actu）立法的不当怀疑；[36]同样的，此种简洁的特征也见之于十诫与犹太人的圣约之书。[37] 揉和了

---

[35] Aisymnetes 是指公元前 7 至 6 世纪时希腊地区平民——为了追求政权参与的中层市民与苦于负债之重压的下层市民——与门阀贵族之间的激烈斗争下，经由双方的同意而被赋予国制上的全权以调停两者之对立的领袖。雅典的梭伦（公元前 638？—公元前 559）即其典型。如众所知的，他采取了取消帐款、禁止人身抵押、根据所得将市民分为四个等级以规定其参政权与兵役义务等措施。韦伯之运用此语，不仅限于希腊，而是用以广泛指称担当同等角色的人，例如前注所说的法典制定十人小组的官员亦包含在 aisymnetes 中。（M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial – und Wirtschaftsgeschichte*, S. 219）

[36] 此处，韦伯心念所及的是派斯的论述（Ettore Pais, *Storia di Roma*, 1913—1920）。关于这点，参见 M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial – und Wirtschaftsgeschichte*, S. 191 ff.。自从派斯对十二铜表法的历史传说展开全面性的批判检讨以来，关于十二铜表法的纯粹性便出现了各式各样的怀疑论。

[37] 十诫通常是指《出埃及记》(20：2—17)；《申命记》(5：6—21)，所谓的“伦理的十诫”。除此之外，尚有“祭仪的十诫”(《出埃及记》,34：11—26)以及“性的十诫”(《申命记》,27：15—26)。

圣约之书在此是指《出埃及记》(20：22—23，33)里，耶和华和犹太人所立的种种圣约。

命令与禁令的这两种复合体（罗马的十二铜表法与犹太的十诫和圣约书），所呈现出来的特征的形式本身，即已道出其纯正法先知的、同时也是受托者示法的起源。

这两者也共有同一种性质，亦即同时包含了宗教的命令与市民的命令的性质。十二铜表法对殴打父亲的儿子和对未守诚信于客的护主，课以咒逐（Anathema，sacer esto）的制裁，[38]而市民的法则未对这两种情形课加罚则。这样的命令之所以必要，显然是因为家内的规矩与家内的恭顺已然崩坏。不同的是，犹太的法典编纂里的宗教内容已被体系化，正如见之于十诫和圣约书的形式，而罗马所立之法的宗教内容，则仅形诸个别的规定里。在罗马方面，宗教法整体已然固定化，新的宗教启示并不存在。

由法先知所制定的罗马的城市法，传说被记录在十二表里，而据说被毁于高卢人战火的这十二表，是否远比摩西制法的那两块法版更具有"历史性"，完全是另外一个问题，而且是个次要的问题。不管语言上的理由，或实质的理由，都未迫使人要否定其关于立法的年代与统一性的传承，况且正由于此一制定法只靠着口耳相传方能流传至今，所以语言上的理由并不重要。[39] 认为十二铜表法乃法谚的集成，或采撷法律名家的裁判实务结果所成，这个见解是与内在可能性相抵触的。因为，此法所包含的是极具抽象性格的一般规

[38] Anathema 是指对违反正当信仰者所科课的宗教性制裁，意指"咒诅"、"咒逐"，在天主教会即为"破门"、逐出教会。例如在十二铜表法的表八之二十一里即可见"sacer esto"一词，可解释为：凡被政务官或神官宣告此种制裁者，任何人都可以杀害他而不受处罚。

[39] 由于记载正文的十二表已成火烬，十二铜表法的内容只能靠口头相传下来。因此，在口头相传的过程里，所使用的语言和章句形式很可能多所改变，所以要从现在传承的十二铜表法的文本上头来判定其原来文本的成立年代和成立情形，毋宁是困难的。

范，并且一大部分的规范是清楚明白且有意识地趋向某个特定的目的，另一部分则显示出是各身份团体间的利害妥协。至少，我们不太可能把这种情形说成是裁判实务下的产物，或者认为它是一种诸如卡图斯（Sex. Aelius Paetus Catus）[40]之类的判例收集者的著作，而且此种著作在一个理性的利害斗争盛行的时代里，于一个城市中有获得如此权威的可能。其他受托者制法工作的类似性，也是再明显不过的了。

"体系性的"法典编纂，是从典型见于受托者之法制定的状况，和满足此种法制定的需求里，产生出来的，当然，这不过是纯粹形式上的意味而已。十诫并非伦理上的体系性法典编纂，同样的，十二铜表法和圣约之书的法律命令也不是关于交易生活的体系性法典编纂。体系和法的"理性"（ratio），起先是通过法律专家的实务工作而导入，不过仅止于有限的范围；更重要的是基于法教育的需求，而全面性的引进工作，则非君主的官吏莫属。官吏正是法典编纂体系化的真正担纲者，因为他们本来就对这样一种足以"盱衡贯通的"体系有着无比的关注。因此君主的法典编纂在体系性方面比起受托者或先知们最为包容广泛的法制定更具理性的性格。

除了君主的法典编纂之外，体系性的导入通常只有另外一条路，那就是通过教育性的文书著作，特别是"法书"的制作，而法书往往获取到有如法律一般、作为基准而支配司法裁判的权威。[41] 不过，这两种方式（法典编纂与法书制作）里，法的有系统记录充其量不过是将既已存在的法加以汇整而已，为的是去除当中的疑问与争论。

---

[40] Sextus Aelius Paetus Catus 为罗马的法律家，公元前 198 年任执政官。除了为十二铜表法（被通称为"tripertia"）作批注的专书之外，尚有收集诉权范型的作品"ius Aelianum"。

[41] 像《撒克森律鉴》及 13 世纪末的《施瓦本律鉴》便具有本文所述的那种权威。

在君主的命令下，将官方制定的法与行政规则作一汇整，尽管表面上号称“法典”，但多数就像中国官方的律令，虽然在编排上尚具某些“体系性”，但与法典编纂式的法制定无关，因为那只不过是一些机械性的动作而已。其他的法典也不过是试图将现行有效的法编整成有秩序、有系统的样式。例如萨利法典（lex Salica）和同类的大多数“部族法典”[42]，基本上是为了司法集会人团体的裁判实务所需而作的编整；影响广泛的耶路撒冷法典（Assizen von Jerusalem）[43]，是对于以判例的形式而确立的商业惯行所作的系统性编整；“七部法典”（Siete Partidas）[44]和可以追溯到“罗马人部族法典”（Leges Romanae）的各种类似的法典，[45]则是将罗马法当中仍然存活下来的部分加以有秩序的集结。虽然如此，以上这种编纂必然意味着某种程度的体系化，在此意味下，也就是：法素材的合理化。此种法集成的利

---

[42] “部族法典”（Volksrecht）是民族大迁徙之后日耳曼人建立的各个国家里，以及法兰克帝国里针对各个部族，在国王的参与下所制作出来的法典。在内容方面，部族法典被认为是自古以来的部族习惯法，不过，随着民族移动所确立的王权，对于内容规定也发挥了强大的影响，这点是不容否定的。萨利法典是萨利·法兰克部族的部族法典，也是法兰克帝国内最古老的法典，成立于法兰克第一代国王 Clovis I 在位晚期（508—511 年）。

[43] 这是由十字军骑士所建设的耶路撒冷王国里于 1099 年所作成的法书，由“贵族法”与“市民法”两部分所构成。

[44] 这是卡斯提尔（Castile）王朝的国王亚尔芳索十世（Alfonso X，贤王，1252—1282 在位）时代所作成的法典。内容除了教会法、罗马法、西班牙现行法之外，还包括神学、哲学、语源学、史学的叙述，最初似乎是用来作为一般知识人的教育典籍。其作为法典的效力（对习惯法的补充效力），正式被承认是在 1348 年以后。整部法典是由七部所构成，故称为“七部法典”。

[45] 这是将罗马人法也认为是部族法之一而编纂出来的部族法典，与日耳曼人部族法典（leges barbarorum）相对举。例如西哥特的拉立克二世的 Lex Romana Visigothorum（506 年）、勃艮第的根特巴德的 Lex Romana Burgundionum（506 年）。

害关系者，和真正的法典编纂——亦即将现存的法在内容上加以有系统地改订——的利害关系者，是同一类人。两者无法明确区隔开来。

透过法典编纂所营造出的“法的安定性”，即因此种安定性本身（撇开其他因素不谈），而通常含带着强烈的政治关注。伴随着新的政治体的形成而来的，也因此多半是法典的编纂。成吉思汗之缔建蒙古帝国，即可得见此种（法典编纂的）萌芽——亚萨（Yasa）法集成[46]，而一直到拿破仑的建立帝国为止的许多类似的事情也是如此。因此，就西方而言，法典编纂的时代，乍看之下似乎违拗了历史的顺序，发生在其历史的起步时：此即于罗马领地上重新创建的日耳曼诸国的部族法典（leges）之编纂。在人种混合的这类政治体里，为了维持和平，绝对有必要确定出实际可行的法，而推翻一切既有关系的军事变革，则使得贯彻此项工作的形式上的激进手法容易遂行。

从确立境内的法的安定性着眼，以使行政机器得以精确地运作，再加上君主对威信的需求（特别有如查士丁尼者），这就是罗马晚期的法集成、终至查士丁尼的法典编纂之所以形成的动机；中世纪所见，像西班牙的《七部法典》那样的、在君主主持之下的纯粹罗马法的法典编纂亦是如此。在以上所有的这些案例里，几乎看不到

---

[46] Yasa 在蒙古语里是“法”、“法制”的意思。原来这是个普通名词，不过由于成吉思汗的“亚萨”特别有名，所以单独提到亚萨时，就是指成吉思汗于13世纪初所颁布的大亚萨。1204 年，成吉思汗大破土耳其族的乃蛮人，平定且统一了东起兴安岭西麓、西至阿尔泰山脉、北到贝加尔湖畔的整个北亚地区。以此，他于 1206 年在斡难河上游召开库里尔台（部族大会），并接受大汗的称号，后人推定亚萨的颁布便是在此次的库里尔台上进行的。不过，亚萨的正文现已不传，关于其内容则有许多不明之点，学者们有的认为其内容广泛地包含了律令、军律、军制和部族组织等，有的则认为仅系律令（蒙古族传统的习惯法）而已。

私人的经济利害关怀直接扮演什么角色。

相反的，在现存诸法典中，最古老的、在某种程度上完整留传下来的且可说是绝无仅有的一部法典，亦即汉摩拉比法典[47]，让我们可以妥当地作出这样的推论：当时存在着一个相对而言较强的财货交易利害关系者阶层，并且，国王在其本身的政治与财政的考量下，也愿意支撑财货交易的法的安定性。我们发现这就是一个**城市**王国的典型现象。从现今部分残存的、较此一法典更古老的诸制定法里，我们也可以充分想像得到：古典古代的城市里典型所见的身份对立和阶级对立，于此亦然，只不过由于政治结构的不同，才导致不同的结果。在较古老文献足资检证的范围内，我们可以说汉谟摩拉比法典并未定立什么真正新的法，而只不过是将既有的法加以法典化，而且也不是这类法典的第一部。在此，和其他各处一样，详尽规定家族义务、特别是子孙的恭顺义务，正是家父长制的衷心关注所在，而此种规定所显露出来的经济关怀与宗教关怀，在汉摩拉比法典当中，和其他大多数的君主法典编纂一样，远比不上对于国家境内的法的统一的政治关怀。同样的，其他大多数的君主法典编纂也都是从吾人已知的那个动机出发，亦即企图去除“自发性法律破除一般法”（Willkür bricht Landrecht）这个原则。随着官僚制国家的形成而愈益频繁的君主法

[47] 汉摩拉比法典是巴比伦第一王朝第六代国王汉谟摩拉比（公元前1729—1686年在位）时代所制定的法典。也是世界上保留原型至今的现存法典里最古老的其中一部。自1901年世人发现其石柱的形态以来，即成为楔形文字的研究及古代法律的比较法制史研究上的重要史料。台湾学者邢义田在《古代两河流域的君王和法律——从三部比汉摩拉比法典更早的西亚法典说起》一文中有详细介绍，同时也可印证韦伯下文里所提出的论点。参见邢义田译着，《西洋古代史参考数据（一）》，页11—30。

典编纂里，此一动机更是扮演了强劲的角色。[48] 不过，这些法典编纂说得上真正新制法的，依然有限得很。至少在中欧与西欧，这些法典的前提，毋宁是罗马法与教会法作为普遍法律的有效通行。罗马法，作为“补充的”法，承认“自发性法律破除一般法”这个命题的优先性，而教会法实际上也没什么不同，尽管它要求它的种种规定具有强制性的普遍通用力。

四　罗马法的承袭与近代法理论的发展

任何一种法典编纂，都无法比得上罗马法的**承袭**对于法思考的变革与现行实体法的变革的重大意义。此处不便对罗马法的承袭史详加追究，最多不过是提出一些相关的看法。

罗马法的承袭，从皇帝、特别是腓特烈一世(Frederich I, 1152—1190)及其后的诸侯都协力参与其中即可想见，[49]基本上是由君主的主权地位所激发而导致的(如吾人于查士丁尼法典中所见的)。[50] 除

[48] 英译者指出这类法典诸如丹麦(King Christian V's Danish Law, of 1683)、瑞典(The Law of The Realm of Sweden, of 1736)、巴伐利亚(1751, 1753, 1756)、普鲁士(the Prussian Code of 1794，预备期是从1738年起展开)、奥地利(the Austrian Code of 1811，先前有1766，1786两版)，以及法国自1539年起针对某些不同主题而不断颁布的许多律令。参见 *Continental Legal History Series I (General Survey)*, p. 263。

[49] 关于腓特烈一世，参见第3章注48。这里所说的“诸侯”，应该是指日耳曼各地的领主。

[50] 特别可参照这样的法条：“元首免受法律的拘束”“Princeps legibus solutus est”(《学说汇纂》1.3.31)，以及“元首所嘉许的，具有法律效力”“Quod principi placuit, legis habet vigorem”(《学说汇纂》1.4.1)。这些“绝对主义的”法律观，对于12、13世纪以来有志于权力集中的皇帝、国王及中世纪末的各地领主而言，自然是极对胃口的。另参见第4章注27。

此之外，还有许多问题至今仍然争论不休，或者根本没有统一解决争论的可能，诸如：罗马法的承袭之背后，是否有、或有哪些经济的利害关系在运作，以及这些利害关系是否因罗马法的承袭而有所推进？有学问的、亦即受过大学教育的法官阶层，作为罗马法学的担纲者与家产制君主的诉讼的担纲者，之所以崭露头角，是由谁所促成的？尤其，是否基本上是那些法的利害关系者（Rechtsinteressenten），他们通过仲裁契约的缔结，而将事件诉诸受过法学训练的、君主的行政官员，而不是诉诸法院，换言之，将事件委付"依职权"（von Amts wegen）所作的决定，而不是"依法"（von Rechts wegen）的决定，从而排挤掉古来的法院（如史特泽 Stölzel 所主张的）；或者，是否（如罗森塔尔 Rosenthal 试图详加证明的）是法院本身，在君主的推动下，愈来愈常引进法律专家，而不是法律名家，来作为陪审推事。[51]

不管要怎样来回答这些问题，我们所能确定的不过是：根据史料，即使是对于罗马法的头衔怀着不信任感的那些身份阶层，一般而言也并不反对让一些"博士"（Doktoren）[52]来加入成为陪审，只是不赞成他们取得优势地位，特别是任用外国人。以此观之，让训练有素的法律专家得以崭露头角的原因，不外乎法律经营上的**客观的**

---

[51] 关于这个问题的争论，参见 A. Stölzel, *Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien*, 2 Bde., 1872; *Die Entwicklung der gelehrten Rechtsprechung*, Bd. 1, 1872, Bd. 2, 1910.；对此展开批判的，参见 E. Rosenthal, *Geschichte des Gerichtswesens und der Verwaltungsorganisation Bayerns*, Bd. 1(1889), S. 422 ff., Bd. 2(1906), S. 298 ff.，对于 Stölzel 的第二本著作的第二卷的批判，参见 Rosenthal 在 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*（Germ. Abt., Bd. 31, 1910, S. 522—561）里的书评。

[52] 这是指在大学里接受罗马法的教育而取得学位的法学博士（doctor iuris）。最初将博士的称号作为学位来授予的，可能是 1140 年左右的波隆那大学，稍后巴黎大学也沿用了这个称号。一旦成为博士，便会被授予法服、指环、角帽等标帜，并拥有在大学讲授罗马法的资格。

必要性，特别是(1)通过专门训练而取得的能力，凭此能力可将复杂的事实加工整理成法律上明确而无二义的问题陈述方式，(2)更加一般性地说来，是即，将诉讼程序加以合理化的必要性。就此而言，法律实务者的经营的利害关系，和私人的法利害关系者——特别是市民，也连同贵族——的利害关系，是一致的。

反之，对于承袭罗马法的各种**实质的**规定，“最为现代的”法利害关系者，也就是市民阶层，一点兴趣也没有。中世纪的商法上的各种制度和城市土地法的各种制度，比罗马法远能符合他们的需求。随着法律经营之不可避免的愈益专门化，罗马法取得了上风(除了像英国那样，拥有自己本身固有的法教育，而且有强大的利害关系者来加以保护的情形是例外)，然而它之所以得胜，所凭的也就是其一般的**形式的**性质。这些形式的性质，也正是使西方的家产制君主的裁判，并未像其他地方那样，走上与真正家父长制的福利政策和实质的正义政策合流之道的关键。在阻止家产制君主的裁判走上这条道路上，法律专家接受形式主义的训练，并因此而被指派为官员的这个事实，意义着实重大；此一事实，也使得西方的裁判在当时高度维持了法的形式性格，而此种高度的形式性格，与其他多数的家产制的法律行政相较之下，凸显为西方裁判的特色。对于罗马法与罗马法训练的尊重，也因此支配了近代初期所进行的所有的君主法典编纂，而这些法典编纂正是受过大学教育的法律专家之理性主义的产物。

罗马法的承袭创造了法律名家的一个新**阶层**，亦即法学者，他们以法律**文献**教育为基础，从大学毕业并获得博士文凭。就社会学的观点看来，此一新阶层正是罗马法势力的根源。这对法的形式性质有着深远的影响。

罗马法自罗马帝国时期起，即开始成为纯粹文献性的运作对象，然而其中的意思却大不同于中世纪德国和法国地区的法律名家

之制作"法书",或英国的法律家之作成现行法的提要书,虽然它们自有其别种面相上的重大影响。[53] 这是因为,在古代法律家的哲学教养——尽管可能是肤浅的——的影响下,法思考里的纯粹逻辑要素愈来愈形显著。并且,在此,法思考并未受到任何神圣法的拘束和任何神学的或实质伦理的关怀所束缚,从而也免于被迫走上纯粹思辨的决疑论之路。这对法实务的形成,实在意义非凡。举凡法律家所无法"思考"或"建构"者,即未能具有法律效力般地存在,此一原则的萌芽,事实上已可在罗马法律家的身上看到。许多纯粹逻辑的命题,诸如:"法人的债权并非各个成员的债权"(quod universitati debetur, singulis non debetur)[54],或"起初无效者,不因时光流转而成为有效"(quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere)[55]等,皆属此一脉络。只是,这些条目不过是由抽象的法律逻辑所生出的、没有系统的随机产物,被增添来支撑一些个别情况下基于具体理由的判决,然而在别种情况下,又被不经心地丢到一旁去,而且有时甚至是同一个法官。法思考基本上的归纳、经验的性格,也因此没有、或少有变更。

不过,到了承袭罗马法的时代,情形就完全改观了。首先,随着罗马市民法发展为帝国法,法制度本身的抽象化也随即向前迈进,当然,此一抽象化的过程也因罗马法的承袭而越演越烈。正如埃尔

---

[53] 关于德国与法国最重要的法书《萨克森律鉴》与《鲍曼诺瓦》,分别参见第1章注40与第4章注31。至于英国的"提要书",最有名也相当重要的是,布莱克顿(Henry de Bracton, ?—1268)所著的"De legibus et consuetudinibus Angliae"。

[54] 参见第二章注155。

[55] 这是《学说汇纂》(五十·十七·二九)里保路斯的言论。其旨趣在于,无效的法律行为原则上就是决定性无效的,无法成为有效的行为。

利希(Ehrlich)所强调的,[56]罗马法若要能被承袭,就必须摒除其国族性束缚的一切残滓,并全面提升到逻辑抽象性的领域,换言之,罗马法必得彻底绝对化为“逻辑上正确的”法。而这正是普通法学经过6个世纪的发展所达成的结果。

不过,与此同时,法思考的方式也愈来愈往形式逻辑的方向推进。罗马法律家那种随机式的、如上述诸命题般的出色纲要,在查士丁尼法典里,是与个别具体案例关联性地加以陈述,然而如今却从此种具体关联里被剥离出来,进而被高举到究极的法原理的层次,并由此法原理出发,进行演绎式的推论。罗马法律家所极为欠缺的,亦即纯粹体系性的范畴,如今被创造出来。诸如“法律行为”(Rechtsgeschähft)、“意愿表明”等,古代法学里并没有统一名称的概念,如今也建构出来了。[57]

---

[56] E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 244, 252.

[57] 英译者指出,这些概念在现今的德国法及与之相关联的、特别是瑞士法与奥地利法里,具有根本的重要性。所谓“法律行为”(Rechtsgeschäft)是指一个人意图产生法律后果的每一项行为,例如出价、承兑、契约本身、遗嘱、放弃一项动产的权利等;这必须与自然事故造成法律后果区分开来,例如大水所造成的土地割裂,同时也必须与另一种法律相关的行为(Rechtshandlungen)区分开来,后者是指造成法律后果的人类行为,但这并非或甚至违反行为者的意愿,例如某人因过失而造成他人身体的伤害。德国民法典的一个特殊面相在于,将任何一种法律行为(不管是契约、让与、婚姻、遗嘱或开立流通票券等)所共通的法律问题都放在一起处理。以此,在法典的第一卷第三部里(Secs. 104—185)便一一罗列了:行为能力、意图表明、契约、条件与期限、凭据与认证。

“意愿表明”(Willenserklärung)是指要求某人明示其意图的一种法律行为。出价或承兑都是意愿表明,然而,契约却是包含了出价者与受价者的意愿表明的一种“法律行为”。无论何种意愿表明,其所适用的规则全都列于Secs. 116—144,其中处理的问题包括:诈欺、失误、强制、手续、说明或无效。更进一步的解释,参见 *Schuster*, *Principles of German Civil Law*, 1907, p. 78。

尤其是，举凡法学者所无法思考的，法律上也不存在，这个命题如今实际上有了现实的意义。由于罗马的法思考所具有的、受历史所制约的、分析的性质，古代的法学家即使不能说完全欠缺真正的"建构"能力，但实在也有限得很。如今，要将这样的法转用到古代所未知的、完全异质的事实上时，以法律上不出矛盾漏洞的方式来"建构"事实的工作，成为眼前唯一重要的课题。同时，至今仍为支配性的法律观点，亦即视法律本身为逻辑上毫无矛盾与漏洞的一个完整的"规范"的复合体、而且这些规范妥善地足以被"适用"，这样的的观点，完全支配了法律思维。[58]

虽然如此，在形式法律的发展趋向上，扮演着关键性角色的实际生活需求，诸如市民利害关系者的那种对"可计算性的"法的需求，在法的逻辑化的**这种**特殊的方式上，却未承担任何重任。因为，一切经验显示，此种需求同样可以透过被判例所拘束的、形式上经验性的法所满足，甚至更能够满足。纯粹逻辑性的法律建构的各种归结，对于交易利害关系者的期待，毋宁经常是非理性的，而且甚至是完全对反的；纯粹逻辑性的法之所以常常被非难为"背离生活"（Lebensfremdheit），正是因为如此。引领法律朝向此种（逻辑化）发展的，乃是法学理论家及经其训练出来的博士——在法律领域里受过文献"教育"的一个典型的贵族阶层——的内在思维需求。在欧陆，对有疑义的法律事件，大学的法学鉴定乃是最终的权威，[59]受过大学教育的法官、公证人以及辩护律师，是典型的法律名家。

举凡欠缺有组织的本土法律家阶层之处，罗马法即借着上述人

---

[58] 参见第 1 章第 8 节结尾时，韦伯对当今的法学研究以五个假设为出发点的陈述。

[59] 随着罗马法的承袭而来的，是自 15 世纪以来，盛行将困难的法律问题送交法科大学来鉴定。这样的惯行不久之后便发展成为将诉讼记录一并送交大学，而判决本身也由大学来做出的处置方式。

士之助而胜出;除了英国、北法与斯堪的纳维亚之外,罗马法征服了欧洲——自西班牙、以至苏格兰与俄国。在意大利,至少最初时,公证人是此一运动的担纲者,在北方,则主要是君主的学者法官,整个运动的背后几乎到处可见君主的身影。西方的法律发展,没有任何一个体系,甚至英国,能够完全自外于这些影响。英国法律体系里的许多点上和许多个别的法制度里,都显示出罗马法影响的痕迹,不仅如此,就连司法判例和“法的原理”之被定义为普通法的来源一事,都可以证明这点[60],无论(与大陆法的)内在结构上有多么的不同。罗马法的真正故乡当然还是意大利,特别是在热那亚和其他地方的学者法庭(rotae)的影响下的意大利。这些法庭既洗练又具建构性的判决,于16世纪被收集起来,并且于德国印刷出版,因而有助于将德国纳入帝国中央法庭(Reichskammergericht)和学者地方法庭的影响之下。[61]

---

[60] 英国普通法形成之后持续受到罗马法的影响,主要是发生在16到18世纪。布莱克顿的著作(参见注53)于1569年开始印刷出版,在这两个世纪里被广为阅读,并且,18世纪时,法国的波提耶(Pothier)的著作也广受研读。透过这种方式,罗马法的“诸原理”遂逐渐渗入英国法中。

[61] Reichskammergericht是1495年根据“帝国法庭法”(Reichskammergerichtsordnung)将原来的王室法庭(königliches Kammergericht)加以改组而成立的帝国中央法庭,作为整个神圣罗马帝国的最高法庭,用以促使垂危的中央政府起死回生(尽管徒劳无功)。根据这个法庭法,(1)帝国中央法庭的法官半数应为贵族,其余半数为受过法学教育者(罗马法学者),(2)此一法庭的判决应以“帝国的普通法”(罗马法)为依据;以此,德国境内对罗马法的承袭遂有大幅进展。本来,在第(2)点上还有一条但书,亦即能够被证明存在的、合理的德国习惯法,优先于普通法;不过,关于习惯法的证明,愈来愈被科以严格的条件,结果自然是普通法日益大行其道。

五　家产制法典编纂的类型

普通法及其学院法律名家的这种普世仅见之于西方发展、且形式特殊的法逻辑的性格，直到18世纪“启蒙专制主义”成熟发展的时代开始，人们才有意识地试图加以超越。其中，扮演关联性角色的，首先是官僚体制——以极为自主的发展步调及天真的自作聪明——之一般性的理性主义。核心为家父长制的政治支配权力，采取了福利国家的形态[62]——后面会加以讨论，并且一点也不假辞色地撇开法利害关系者的具体愿望及训练有素的法思考的形式主义。其实它最想做到的毋宁是将这种专门的思考整个压抑下去。因为，政治当局期望能剥除法的专门法学性，并且使得法律不再只是教给官僚，而是特别要**教导**子民，使其在别无外援的情况下也能彻底了解自己的法律地位（即法的权利与义务）。

司法意欲扫除法学的吹毛求疵与形式主义而追求实质正义，这种愿望本身，如我们先前所见的，是所有君主的家父长制之固有的现象。不过，这样的倾向并不尽然前途坦荡。查士丁尼法典的编纂者在将业已被纯化的法曹法加以系统化时，是无法想像其学习者和理解者为“素人”的。在面对古典时代的法律家的成就及其借着引用法[63]而获得公认的权威时，他们实在无法弃绝法学专门教育的需求。因此，他们所能做的不过是将此一法典当作是学生研习所需

[62] “家父长制与家产制具有一内在的倾向：用功利、福利或绝对性价值等名目来规范经济行为。此一倾向源自其所宣称正当性的特质，以及必须满足被统治者的利害关系。这点摧毁了**形式上**的合理性，而此一合理性是导向专业法律秩序的。”（《支配的类型》，页56）“家父长家产制不论对自己或对子民，都必须正当化其自己为子民之‘福祉’的监护者。‘福利国家’是家产制的迷思……”（《支配社会学（Ⅰ）》，页208）

[63] 参见第四章注60。

的、唯一的权威性引用法集，也因而不得不为此提供一本具有法律之形的入门教科书，此即《法学提要》（*Institutionen*）[64]。

相反的，在近代"福利国家"的古典纪念碑——普鲁士的《普通邦法》（*Allgemeinen Landrecht*）[65]里，家父长制更加肆无忌惮地运作。与身份制里"主观权利"的世界正对反的，"客观的法"在此简直就是个法律义务的世界："应尽的义务与责任"（verdammten Pflicht und Schuldigkeit）之无处不在，乃是法秩序的支配性特征，而其最显着的特色则是体系性的理性主义——不是形式的，而是、在这类的情况下更是，**实质的**理性主义。

举凡实质上是"理性的"事物要求具有妥当力之处，那些单靠事实上存在因而被视为法的，因此特别是"习惯法"，都得退让。直到民法典第一草案[66]为止的所有近代法典编纂，无不向习惯法宣战。

---

[64] 查士丁尼大帝在其关于学说汇纂之公布的敕法和当日公布的敕法里，限定法学校只能是君士坦丁堡和贝鲁特（Berytus）这两个城市的法学校，其他地方一概禁止讲授法学，同时，规定法学校的修业年限为五年，第一学年学习《法学提要》和《学说汇纂》的第一部，第二学年以后学习学说汇纂的其余部分和自习。此外，他还禁止对法典做任何批注（commentarii），只允许忠实的翻译（kata podas）、内容的简单摘要（indices）以及关系法条的收集对比（paratitla），否则科以伪造罚则（crimen falsi）。不过，此一禁令在他死后便被废除了。

[65] 这是包括民法、刑法和许多行政法规定及教会法在内的、普鲁士的综合性法典。由腓特烈二世（大帝）下令编纂，编纂者为冯·卡尔玛（Johann Heimrich von Carmer）与史法瑞兹（Carl Gottlieb Svarez），于腓特烈·威廉二世时代的1794年6月1日起开始施行。

[66] 德国民法典第一草案公开发表于1888年，然后于1895年发表第二草案。后者被提呈到联邦参议院，经过修正后再上提到帝国议会，此即所谓第三草案。第三草案经过帝国议会修正通过后，再经联邦参议院的同意而成为德国民法典，在经皇帝的认证后于1896年8月24日公布，1900年1月1日开始实施。在第一草案里有旨趣如此规定：习惯法唯有在法律提及的情况下才具有效力。

未以立法者所明示的规定为根据的、法实务上的惯行,以及任何一种传统方式的法律诠释,对于法的适用而言,在近代法典编纂的立场看来,如同在任何理性主义的立法者的立场看来,无非是价值低劣的法源,顶多是在法律尚未规定的情况下加以容忍而已。法典编纂本身应该是“无所不包的”,而且人们也相信应该能够如此。遇有疑问时,为了阻止任何通过可憎的法学而形成新法,普鲁士的法官被指示求问于一个为此设的委员会。[67]

这些一般倾向所造成的结果,在如此创造出来的法的形式性质当中显现出来。想要借着立法者本身直接向一般大众宣示教诲而从专门法学里解放出来的企图,却由于以罗马法的诸概念为取向

---

[67] 《普鲁士普通邦法》的制定过程中,一度以“Allgemeines Gesetzbuch für die Preuβischen Staaten”的名称公布于 1791 年 3 月 20 日。此时的公布诏敕里明言:“法典整体,作为相互关联的一种法,由于用的是国民的语言以便让任何人都可以理解的形态呈现出来,所以国家的每一个住民,若经教育而令其自然能力训练到某种程度,那么便能自行看懂法律、理解法律,而且在面对各式各样的案件时也就能确实地遵照法律的规定而行了”。此外,在这个法典的制定过程中,部分草案向腓特烈大帝提出时,皇帝便有此提醒:“这未免太庞大了,法律应该力求简洁,而不能繁冗”。对此,编纂者史法瑞兹发表了以“法律应简洁到何种程度”为题的演讲,他认为,法律若是不明确、不确实,对公民而言无疑是灾难,“因为如此一来法官便会成为立法者,对公民的自由而言,或许还不至于到达那么危险的程度,但是当法官是从国家领取薪资的公务员、而法官的职位又是终身职时,那就危险了”。以此,立法的精神便在于:法典应该力求“巨细靡遗”,问题一定要靠法律本身来处理,而不是依人的恣意判断来解决。以此,总计约 1900 条的所谓“普通邦法”便这么制定出来。此外,法官也因此而在有疑义的情况下,必得要向法律委员会(Gesetzeskommission)提问,并听候其裁决。同时,法官遇到法典上完全未加以规定的事件时,必须遵照法典所认可的一般原则来裁判,并且同时要将法典里的这种缺失申报给司法当局。不止如此,法典明言“并不考虑法学者的各种见解”(Einleitung § 6),显示出对学说的极度戒心,几乎不给解释法学的成立留下任何余地。

的、实务上的思维习惯业已确立,也由于不得不将这点纳入考量,所以在普鲁士的普通邦法里,难免会生出极端烦琐的决疑论。虽然如此,由于此种决疑论所追求的并非形式的明确性,而是实质的正义,因此往往导致欠缺精致的结果。当此,罗马法的种种概念范畴和方法论的束缚仍然无法摆脱,尽管有许多情况已偏离罗马法,而且首度在德国的法律里出现强烈的将术语德国化的企图。许许多多教导性的、或仅仅是伦理训诫性的规定,在个别的情况下有多大可能实际上真的能成为具有强制性的法律规范还很成问题。最后,由于体系化部分并不是由形式法学的概念出发,而是由法的利害关系者的种种实际关系出发,所以此一体系化往往把对于法制度的讨论撕扯得七零八落,[68]并且,尽管原本力求明确,却因此而创造模糊。

将专业法律家对法的加工排除出去的这个目标,立法者事实上是充分达成了,当然某些部分也有违其所预想的。真的要将法律知识传达给大众,靠罗列数万条文的浩瀚巨作是不可能的[69];而且,如果立法者的目标是从律师及其他的法实务家那儿解放出来,那

---

[68] 此处应该是指针对同一法制度的规定,却因应个别情况而散落在各处。

[69] 史法瑞兹并不是没有认识到"法典变得太过庞大的话,国家的公民便不可能了解和遵守自己的行动的规范",而且这样的祸害更为严重。然而,他认为普鲁士的法典是可以避开此种弊害。因为法典里包含着种种根本原理,从这些根本原理出发,仅仅就着自然的逻辑,便能够针对个个案例推究出确实而可信赖的结论。只不过,即使凭着找出这些根本原理的办法,就大部分国家公民对法典的知识程度而言,也无法减少条文的数目。因此,史法瑞兹认为有必要订出两套法典,亦即"针对法官和法学者的法典"和"针对一般民众的法典"。在这样的考量下,他和戈斯勒(Christoph Goβler)合作,在1793年公开发表了他们的杰作"Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der preuβischen Staaten von zwei preuβischen Rechtsgelehrten",也就是他所谓的"第二法典"或"民众法典"。不过,即使在这样的努力之下,这个"民众法典"结果还是无法成为"民众的"用品。

么在近代法生活的条件下，这照理来说也是希望渺茫的。在最高法院（Obertribunal）开始将其半官方的判例集印行之后，判例的权威在普鲁士（就像在其他各处一样，虽然比不上英国）获得强劲伸展。相反的，一种法，既未创造出极精密且形式的规范、又未创造出具有可塑性的法制度——这两件事原本就不在此一功利主义的立法者的意图之中——，任谁也不会想要对它做学术性的研究。事实上，家产制的实质理性主义无论何处皆不可能给形式法学的思考提供鼓舞。因此，此一法典编纂遂致力于促成下面这件事：让法律家固有的学术活动，一则更加转向罗马法，一则在本土理念的影响下，转向古德意志法自过去流传下来的、具有可塑性的法制度，目的在于运用历史方法，将两者皆以其原初“纯粹的”形态呈现出来。

就罗马法而言，这必然导致如下的结果：在受过专业历史训练的法律家手下，罗马法的种种变更——自其被接受以来为了适应法利害关系者的需求所做的变更，必然再度蜕皮脱落。查士丁尼法经过普通法加工后的成品《学说汇纂的现代惯用》（*Usus modernus Pandectarum*）已被遗忘，就像中古拉丁文被人文主义的语言学者之学术工作所舍弃那样，此一作品亦被学术性的历史纯化主义（Purismus）所排斥[70]。正如在语言的世界里，拉丁语作为学者的语言之归于没落，在法的世界里，罗马法亦丧失其对于近代交易利害关系的适应性。自此，迈向抽象法律逻辑的大道便完全畅开。

学术的理性主义的作用，只不过因此而被转移到另一个领域，

[70] 所谓 usus modernus Pandectarum 是指各个时代按照其“当代的”实际情况而对查士丁尼法典（尤其是学说汇纂）做修正和变更所成立的法。对此，历史法学派的始祖萨维尼主张将这些“当代的”修正一概排除，并高唱复原查士丁尼大帝制法（尤其是学说汇纂）的纯粹性，此即所谓的“纯化主义”。

并非如历史学家惯常所相信的,此种理性主义被打败。历史学派的法学家并未以令人信服的方式,达成古法之纯粹逻辑性的重新体系化。众所周知,而且决非偶然的,直到温德沙伊德(Windscheid)的概论性作品出现为止[71],几乎所有的学说汇纂的教科书都停留在未完成的阶段。另一方面,历史法学派中的德国主义阵营也同样没能成功地做到,将非源于罗马法的诸制度加以纯粹形式且法学上的纯化。因为,历史学家对这些制度的学术兴趣所在,正是这些制度里,源自非理性的、身份制的法秩序的要素,换言之,反形式的要素。能够成功透过学术和法典编纂而达成体系化、又不失其实际合适性的,其实仅限于一些特殊的领域,此即:市民的利害关系者自律性地使其合于自己的要求、并且透过特殊法院的实务而在经验上被理性化的特别法(Rechtspartikularitäten),具体言之则为票券法与商法。[72]之所以如此,乃是因为不可抗拒、且极为明确的经济需求,在其中担纲演出的结果。然而,就在历史学家独领风骚 70 年之后,而法律史学的发展也达到他国所未能比的高点时,却由于德意志帝国的成立,民法的统一成为国家使命般地被热烈要求;德国的法律家阶层在内部分裂成两派且(部分而言)心不甘情不愿的情况下,毫无准备地就接下了这项工作。

还有其他法典也同属这种家产制君主主持的法典编纂类型,尤

[71] Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 Bde., 1862—1870。第八版(1900)和第九版(1906)另有 Theodor Kipp 加入编辑。

[72] 票券条例(Wechselordnung)是由 1848 年的法兰克福国民会议公布为"帝国法",德意志境内各邦皆加以接受。一般商法典(Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch)则是 1861 年由德意志同盟的同盟议会所制定,在各邦的支持奖励下付诸施行。值得注意的是,法兰克福国民会议也好,德意志同盟议会也罢,都没有正式的立法权。

其是奥地利[73]和俄国的法典。后者基本上当然只是少数特权阶层的身份法[74]，其中根本未触及各个身份阶层——尤其是占子民中压倒性多数的农民——的特别法，甚至是让他们在实际上广泛地保有自身的司法裁判权。相较于普鲁士法的规模，这两部法典较为简洁，但也因此付出规程较欠精密性的代价，像奥地利法典即付出仰赖罗马法而欠缺独创性的代价。在成立后历经数十年，奥地利法典方成为学术思考的对象（在 Unger 的著作里）[75]，然则此后的研究处理方式也几乎不出罗马法学者的范畴。

---

[73] 此处所指的是《奥地利一般民法典》（Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie）。此一法典的编纂历经了玛利亚女皇、约瑟夫二世、莱奥波德二世治下，最终由弗兰茨一世于 1811 年 6 月 1 日公布，翌年 1 月 1 日开始实施。主导法典编纂工作的是冯·马汀尼（Freiherr von Martini）与冯·蔡勒（Edlem von Zeiller），二者皆为自然法学者，法典本身显示出强烈的自然法倾向。不同于普鲁士邦法典的是，此乃纯粹的民法典，而且规定样式也简洁得多，由 1502 条所构成。

[74] 这里指应该是《俄罗斯帝国法律集》（*Ssvod sakonov rossijskoj imperii*），此乃史佩伦斯基（Michael Speranskij，1772—1839）所奋力完成的法典。他本来认为有必要编纂出一套西欧式的新型法典，但此一见解却见不容于沙皇及其外围人士，甚至于 1812 年被流放到西伯利亚。后来他屈服于尼古拉斯一世的命令，改以收集整理俄国本土的各种法律来编纂成法典为方针，搜罗 1649—1825 年俄国历来的法律为第一集，1825—1832 年的各种法律为第二集，作成共 56 卷、各卷在 800 页以上的庞大数据集成，然后再由此下手，于 1832 年编纂出网罗俄国法整体领域的 8 部 15 卷的法律集。此一法典于 1835 年获得法律效力，其后于 1845 年、1857 年再经两度修订。详见 L. Schultz，*Russische Rechtsgeschichte*，1951，S. 199 ff.。此外，关于本文以下的叙述，当时俄国总人口的大约 95% 是农民，而这些农民当中占压倒性多数的则是所谓的农奴，以此而有发生于 1861 年的所谓“农奴解放”运动。

[75] Joseph Unger（1828—1913），在德国历史法学派影响下崛起的奥地利法学者。他从历史法学派的立场出发，于 1855 年提出修改奥地利民法典的要求，随后印行《奥地利一般私法体系》（*System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*，3 Bde.，1856—1864），创立奥地利新的民事法学派。1904 年成立民法典修正委员会时，老翁格即担任委员长。

第七章

革命创制的法的形式性质，自然法及其类型

一　法国民法典的特质

若将前革命时代的这些产品和革命之子——法国民法典（Code civil）——及遍及全西欧与南欧的模仿作品相比较，即可看出其间的形式差异有多大①。后者完全未混入非法律的要素，也看不到教训

① 法国民法典是以《法国人的民法典》（*Code Civil des Français*）为名公布于1804年3月21日，总计2281条。法典的名称在1807年到拿破仑失势的1816年，以及拿破仑三世治下的1852年到1871年期间，被改称为《拿破仑法典》（*Code Napoléon*）。虽然拿破仑是法典编纂的主要推动力与积极参与者，

的、单只是给予伦理训诫的规定，更无任何决疑论的踪影。法国民法典的多数规定，和十二铜表法的规定同样意味着警句的和立标造铭的作用，而其中更有不少规定像昔日的法谚那样，成为一般大众的

(接上页)但法国境内对法典编纂的要求与编纂工作的起步，皆早于拿破仑的时代。甚至在1789年的法国大革命之前，地方法律的分歧早就为人所诟病，不但繁冗芜杂且甚多缺漏，造成法律的不稳定性，因此三级议会便提出制定统一性的全国法律的诉求。1790年的制宪议会即注意到有必要筹策出一部法典，而到了1793年的国民议会才创立以康巴塞雷斯(J. de Cambacérès)为首的特别起草委员会，开始草拟工作并被要求在一个月内完成。这个委员会真的就在六个星期之内完成了一部包含700项条款的草案，不过，这部草案却被拒绝了，原因是太过细密支节，唯恐有碍于个人的自由。一年后(1794年9月)另一部简洁得多的草案再被提出，却乏人问津。随后再有两部草案出现，分别是包含500项条款的1796年草案及1799年草案，不过，同样没有结果，因为国民议会正忙于应付实际上遍及整个欧洲的战事；但是，诚如维奥列特(Viollet)所说的："处于境内失序、境外战争状态下的国民议会，平静从容地深思审议着有关继承、冲积地、非法子女和整部法典的问题……"(*Cambridge Modern History* Ⅷ, 710, 741—742)。法国执政拿破仑一世再度启动工程，康巴塞雷斯的呕心沥血之作终于体现在最后这部法典里。

在这部法典里，许多北法的习惯法被保留下来，并与18世纪罗马法的概念技巧结合起来。多玛(Domat, 1625—1696)和尤其是波提耶(Robert Joseph Pothier, 1699—1722)的作品被大量征引到法典里来，而两人正是以其广博的著作奠定了法国习惯法的基础。不过，这整部法典仍盈满着自由主义和个人主义的气息。

经由拿破仑的征服欧洲，法国民法典散布到法国境外，不过，得以永驻下来的也只是在比利时、卢森堡和拿破仑建置为华沙大公国的部分(俄国所属的)波兰。直到德国法典于1900年实施之前，法国民法典在德国的部分地区——莱茵河西岸、巴登大公国、莱茵河东岸的一小部分莱茵省份——仍然有效。

在19世纪，法国民法典借着翻译与些许的修正而成为以下各地的法律，包括荷兰、意大利(现今由1942年的新法典取代)、罗马尼亚、埃及、魁北克、路易西安那、葡萄牙和西班牙。西班牙法典经过小幅修正后，在波多黎哥、古巴和菲律宾仍然发挥效力，并成为拉丁美洲大多数法典的模型。

日常用语。[②] 这些的确是普鲁士的《普通邦法》或德国的其他法典的规定所未能展现的。与盎格鲁·撒克逊法（**法律实务**的产物），及普通罗马法（理论的一文献的**法学教育**的产物，东欧与中欧的大部分法典编纂即以此为根基）并列，法国民法典（作为**理性立法**的产物）成为世界第三大法系，即由于这些形式的性质。这些形式的性质使得法典的规定事实上拥有（或者至少看起来是拥有）异常的明晰性与精确的了然性。而多数的规定之所以具有此种造型，则是由于许多的法制度是以习惯法（Coutumes）为基础而形成[③]。

另一方面，为了此种（明晰与了然的）造型性，在形式法学的性质上和实质考量的深入彻底上，有许多东西被牺牲了。虽然如此，由于法律体系的抽象的整体结构，和许多个别规定的公理性格，而使得法思考本身无法做到，将法制度置于其实际关联里施以应有的建构性加工。反之，法思考多半舍此而倾向如下方法：将法典里常见的定式化——本身不具法律规则（Rechtsregeln）性格，而是具有“法命题”（Rechtssätzen）性格的定式化——就当作是“命题”，并使

② 譬如在自由平等的原则下，第 8 条规定：“所有法国人都享有民事权利”；在所有权原则下，第 544—546 条规定动产和不动产所有人“对于物有绝对无限制地、收益及处分的权利”；在契约自由的原则下，第 1134 条规定：“依法成立的契约，在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力”。英译者指出，据说像斯汤达（Stendhal）这样一位大作家也对法典的行文方式赞叹有加，甚至每回开始动笔前都要先坐下来拜读一章才行。

③ 法国原本划分为北法的习惯法地区（pays du droit coutumier）和南法的成文法（罗马法）地区（pays du droit écrit）。法国国王查理七世（Charles，1422—1461 在位）于 1454 年发布命令，要将所有地方的习惯法（coutumes）都记录下来，以此而作成的习惯法的记录里，巴黎地方习惯法的记录（1510 年），和巴黎法院的活动相结合之下，于 16 世纪取得所谓“普通习惯法”（droit commun coutumier）的地位。后来在 18 世纪时，波提耶促成了习惯法与成文法（罗马法）的融合。法国民法典即为此种法律统一化过程的最终成果，其中，债权法受到罗马法的强烈影响，而物权法、家族法、继承法等，仍然维持了“习惯法”的原则。

之适应于个别问题的实务所需。[4] 近代法国法学的形式性质，或许部分得归因于法典的这种多少充满矛盾的特质。

不过，此种特质本身却也是一种特殊的理性主义的表现，换言之，主权者意识的表现为：一次，依边沁[5]的理想，有一部免于一切历史偏见的法典纯粹理性地被制作出来，并且其内容（被认为）仅源自于纯化了的、健全的人类悟性，加上这个伟大国家的特殊国家理性（Staatsräson），而这个国家之所以有力，并非靠正当性，而是仰赖（拿破仑那样的）天才。在个别情况下有时候会因为着重造形的建构，从而在法的纯化方面有所牺牲；对于法逻辑的这种态度，是直接由于拿破仑的个人介入。然而，法典的警句式演出，却与美国和法国宪法里"人权与市民权"的定式化的相同演出互相呼应。关于法命题内容的一些特定公理，在此并非以冷静的法规则之形，而是以类似先决条件的宣言之形呈现出来，并且主张，唯有在不违反这些先决条件的情况下，法律才真的是正当的[6]。关于形成抽象的法命题的这种特殊的方式，我们必须简短讨论一下。

二　作为实定法的规范性基准的自然法

在一个理性的、实定的法秩序里，"法律的正义"（Recht des Re-

---

④ 这大概就是指法国的"注释学派"（école exégétique）的方法。

⑤ Jeremy Bentham（1748—1832），英国法学家、功利主义的哲学家。主张"最大多数人的最大幸福"，反对当时以布莱克史东（Blackstone，参见第二章注173）为代表的保守主义的法学理论，高唱人们应免于历史偏见的因缚，而要借立法来改革毫无实益的法制度。与本文本关联的论述，参见 J. Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, Bd. 1, S. 155 ff.。

⑥ 最早的"人权与市民权的宣言"是1776年6月12日的弗吉尼亚的权利典章，其次是1776年7月2日的美国独立宣言和1780年的马萨诸塞州宪法。在法国则为1789年的权利宣言，其次亦见于1791年的宪法。

chtes)的观念,只有在下面这种情况里,方才成为社会学上的问题,亦即:当这些问题的解决方式足以对法创制者、法实务者和法利害关系者的行为态度产生实际的后果时。换言之,唯有当以下这样的信念对实际的法生活产生真正可以感知到的影响时,亦即:一定的法律准则具有特殊的"正当性",也就是一定的法律原则——绝不会因实定法所强加的指令而遭受破坏——具有直接约束力的信念。事实上,这样的事态是历史上往复可见的,不过,特别是出现在近代初期和革命的时期,并且部分而言至今(例如在美国)仍是如此。[7]这些个法律上的金科玉律,人们却经常称之为"**自然法**"。

前面我们已经认识到"自然法"(lex naturae)基本上是斯多噶学派的产物,而后基督教为了在本身的伦理与现世的规范之间架起桥梁接受此概念[8]。自然法是在罪与暴力的现世内部里,依神的意思因而正当的"万人之法"(Recht für Alle),不同于神直接向其信徒启示而且只让宗教上的选民明白领悟的命令。

现在让我们从另一个角度来检视自然法。自然法是独立并且超越于一切实定法的那些规范的总体;这些自然法的规范并不是由人为的法律制定来授予权威,而是相反的,人为的法令是因自然法才被正当化。换言之,自然法的规范之所以是正当的,并不是由于其乃源自于正当的立法者,而是由于其内在固有的性质;因此,自然法是当宗教启示或传统及其担纲者的权威神圣性失去运作力时,仍然留存下来的、法正当性的特殊且唯一首尾一贯的形式。因此,自然法是**经由革命**所创造出来的秩序的一种特殊的正当性形式。自然法的援用,是反抗既有秩序的阶级为了让自己的法创造的要求具有正当性——而不是仰赖实定的宗教规范或启示——所一再使用

⑦ 参见下一节。

⑧ 参见第五章注90。

的形式。

的确，并不是所有的自然法本来就想要是“革命性的”，是意图承认某些规范，拥有以暴力行为或被动叛逆反抗既有秩序，因而获得实现的资格。性质极为不同的种种权威势力也曾经历本身的“自然法的”正当化。不只如此，还有一种“历史自然生成的自然法”（Naturrecht des historisch Gewordenen）、强而有力地对抗着基于抽象规则或产生抽象规则的思想。例如，关于“习惯法”之优越性的历史法学派的理论——经由此一学派才首度清楚建构出来的一个概念，即根源于这个系统的一个自然法的公理。⑨ 此事，在下面这样一个主张里便昭然若揭，亦即：立法者根本不“可能”通过法的制定而在法律上有效地限制习惯法的妥当领域，尤其是不可能排除习惯法足以废除制定法的力量。因为，人不“可能”禁止历史自循其径地发展。不过，尚未走到如此彻底的、半历史半自然主义的所有的“民族精神”理论——根据此一理论，民族精神乃是法律与文化所从出的唯一自然的并因而是正当的泉源——特别是所有的这种理论，认为真正的、基于直接的“法律感”、而非“人为的”——依目的理性所制定出来的——法律，乃是“有机地”成长出来的理论⑩，或者，浪漫主义特有的这些思想系列的其他任何可能形态，都含有上述蔑视制定法为“只不过”是实定法的前提。

这些公理的非理性主义，与法律理性主义的自然法公理正相对反，唯有后者能够创造出具有形式性质的规范。正因此，“自然法”一词主要是只针对后者的这个意味而言。在近代，理性主义的自然

⑨ 参见第三章第二节，特别是注 12。

⑩ 英译者指出，这是历史学派，尤其是德国的历史学派所持的态度，其中以基尔克表现得最强烈。美国的代表性人物为卡特（James C. Carter），他是菲尔德（David Dudley Field）的法典编纂计划的首要反对者。

法公理的形成，除了在理性主义的教派里所看到的宗教根源之外，尚有部分是源自于文艺复兴的自然概念——无论何处，文艺复兴皆致力于掌握“自然”之所欲(von der “Natur” Gewollten)的基准；另有部分则是源于，各民族成员都拥有与生俱来的一定的国民权利，这样一个特别是英国土生土长出来的思想。英国特有的这个“天生权利”(birthright)的概念，基本上是在下面这个通俗观念的影响下成立的，亦即：在大宪章中原本只赋予封建贵族的某些身份性的自由，被认为是英国子民本身的、国民的自由权，不论国王或其他任何的政治权力皆不得侵犯之。反之，由此而转变到**所有人**之为人皆具一定权利的观念，基本上是通过 17 与 18 世纪理性主义的启蒙方才得以实现，从旁协力的则是某段时间里相当强而有力的宗教影响，特别是再洗礼派的影响。

三　自然法的类型，自然法与自由权

自然法公理(Naturrechtsaxiome)可分为各种不同类型，在此我们只考察那些与经济秩序有密切关系的类型。实定法的自然法正当性，可能主要是与形式条件相关联，或主要是与实质条件相关联。其间的区别不过是程度的问题，因为，完全纯形式的自然法根本不可能存在：若真有那样一种自然法，则无异于毫无内容的一般法律概念。然而，形式与实质上的区别还是很重要的。

前一种里最纯粹的类型是，17 与 18 世纪时在上述影响下才成立的自然法：特别是以“契约理论”之姿出现，尤其是以此一理论的个人主义的形态出现。(据此理论)，所有正当的法皆奠基于制定(Satzung)，而制定本身终归是奠基于理性的赞同。所谓赞同，要不是意味着，第一，实际上，源于自由的个人的真正原始契约，此一原始契约亦将规律将来制定新法的方式；或者就是意味着，第二，理念

上，唯有这样的法才是正当的，亦即其内容不会背离通过自由同意所定立的理性秩序的概念。“自由权”正是这样一种自然法的构成要素，尤其是**契约的自由**。根据自由意志的理性契约——作为所有结合体关系（包括国家）的真正历史基础，或者至少作为价值判断的规制基准——是自然法建构的普遍性形式原则之一。因此，这样的自然法，和所有形式的自然法一样，其基础莫不在于：根据目的契约而正当取得的权利体系，以及——只要是关系到经济性财货的话——通过所有权的充分发展所建立起来的经济性共识共同体（Einverständnisgemeinschaft）。借着与世界上所有人定立的理性契约（原始契约）或与其他个人之间的理性契约而正当取得的所有权，以及处分此一所有权的自由，换言之，原则上自由的竞争，亦属自然法不证自明的构成要素。

因此，契约的自由唯有在以下情况里，才有**形式的**限制，亦即当契约与共同体行为——无论是牵涉到个人私下的协议，或牵涉到团体机关的机构间的行为及其成员的顺服——不得违反将其正当化的自然法，也就是不得侵犯不受时效约束的、永久的自由权。没有人能够有效地使自己沦落于政治或私法上的奴隶状态。至于其余，则没有任何制定法能够有效地限制个人自由地处分其财产或劳动力。因此，任何依据法律而施行的“劳工保护”，亦即对“自由的”劳动契约的某些特定内容加以禁止的任何措施，都是对自由契约的干涉。美国最高法院的判例直到最近都还坚持，依照宪法的自然法的前言[11]，这样的规定即使纯就形式而言，依旧是无效的。

---

[11] 本文里所说的“前言”，英译者批注道：“此处所意指的显然是美国宪法修正案第 14 条，正当的法律程序条款（due prosess clause）”。修正案第 14 条规定：“不论哪一州，未经正当的法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由与财产。”

另一方面，就自然法而言，什么是正当的？评断的**实质**基准是“自然”与“理性”(Vernunft)。这两者，被认为是二而一的，从而由两者推导出的诸规则，亦即事象的普遍规则与普遍妥当的规范，也是一致的：根据人类“理性”所作的认识，与“事物之自然”(Natur der Sache)——用现在流行的说法为“事情的逻辑”(Logik der Dinge)——彼此一致；应然被视同为实然——事实上普遍均衡的存在；诸概念，法的概念或伦理的概念，经逻辑加工后所得出的“规范”，就像“自然法则”(Naturgesetze)一样，皆属具有普遍约束力的规则，此种规则“即使是上帝也无法改变”，并且法秩序亦不得试图加以违抗。以此，打个比方，货币当中，唯一能和事物之自然及既得权利的正当性原则相对应的，只有通过自由的财货交换而达到货币机能者，亦即金属货币。因此，到了19世纪仍时而有些狂迷份子主张，法秩序有自然法的义务要这么做：宁可国家分裂崩溃，也不可以让纸币“人为”创造的不正当玷污了法的正当存在。因为，对正当的法的侵害，便是“国家”概念的毁弃。

四　从形式理性的自然法到实质理性的自然法的转化

自然法里的这种形式主义，因种种方式而缓和下来。首先，为了与现存秩序建立关系，自然法不得不接受无法由契约自由导出的、权利的正当取得原因。尤其是基于**继承权**的权利取得。过去曾经有过很多试图让继承权奠基于自然法上的尝试，不过这些作为皆带有法哲学非形式法的性格，故而我们置之不论。终归而言，实质的考量总是横身插入，此种尝试更多半是极度技巧性的建构。现行法律的其他许多制度也都只是实际且功利地被正当化，而不及于形

式。正因为这样的"正当化",自然法的"理性"轻易地就滑上功利主义考量方式的轨道,而此事在"合理性"(Vernünftigung)概念的意义变迁当中表现了出来。

在纯粹形式的自然法里,所谓合理性的事物,就是可以从自然与逻辑的永恒秩序——这两者已被混同为一——推导而出的事物。不过,特别是英国的"reasonable"这个概念,一开始就隐含着"rationell"的意涵,意思是"实际有益的"。据此,可以做出这样的结论:凡在实际上会导致荒谬归结的,即不可能建构出自然与理性所欲的法律。这意味着实质的前提清楚明白地进入到理性的概念里,当然,这些实质的前提其实早已潜藏其中了。正是得力于理性概念的这种变迁,美国的最高法院方从形式的自然法的束缚中大幅地解放出来,并且也才能够承认部分社会立法的有效性。⑫

不过,一旦既得权利的正当性不再依存于形式法学的标记,而是与取得方式的实质经济标记相联结,原则上形式的自然法便会转

⑫ 英译者在批注里(p. 879, n. 17)举出许多法案为例,譬如关于薪资给付的性格、方法与时间之规定的法案(Knoxville Iron Co. v. Harbison (1901) 183 U. S. 13; Mclean v. Arkansas (1908) 211 U. S. 539; Erie R. R. v. Willisms (1914) 233 U. S. 685);关于固定工时的法案(Holden v. Hardy (1898) 169 U. S. 366; Bunting v. Oregon 1917) 243 U. S. 426; Muller v. Oregon (1908) 208 U. S. 412; Riley v. Massachusetts (1914) 232 U. S. 671); Miller v. Wilson (1915) 236 U. S. 373; Bosley v. McLaughlin (1915) 236 U. S. 385);以及关于劳工的补偿法(N. Y. Central R. R. Co. v. White (1917) 243 U. S. 188)等。后来还有使理性规则暂时无效的法案(例如 Adkins v. Children's Hospital (1923) 261 U. S. 525),以及韦伯尚不及见的"新政"法案。另外,从欧陆观点来透视与分析美国司法之于社会立法的态度,参见 Ed. Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Judiciare Contre la Législation Sociale aux Etats – Unis* (1921)。

化为**实质的**自然法。在拉撒勒(Lassalle)⑬的既得权体系里，仍然试图以自然法的形式手段——在此为黑格尔的发展理论——来解决特定的问题。基于实定的制定规则而在形式上正当地取得的权利之不可侵犯性，在此乃是前提条件；可是，当问题牵涉到所谓制定法的追溯效力，以及与此相关的，在特权被废止的情况下国家的赔偿责任问题时，这种法实证主义的自然法的限制便会显现出来。拉撒勒企图解决问题的方式——并非我们此处的关心所在——完全带着形式的与自然法的性格。

走向实质的自然法的关键性转折，主要是与这样的社会主义理论相关联，亦即：唯有借着一己的劳动所获取的东西，才具有正当性。因为，此一理论不仅否定通过继承权或被保障的独占而无偿地取得财货，而且连契约自由的形式原则，以及根据契约取得的权利的根本正当性，也一概否定。财货的任何占有，全都必须经过实质的检验：到底在多大程度上是奠基于劳动——以劳动为取得原因。

五　自然法公理的阶级关系性

契约自由的形式理性主义的自然法，与唯有根据劳动的收益方具正当性的实质的自然法，两者当然都具有很强烈的阶级关系性。契约的自由，以及由此导出的、关于正当的所有权的诸多命题，显然是市场利害关系者——对于最终占有生产手段感兴趣者——的自然法。

---

⑬ Ferdinand Johann Gottlieb Lassalle (1825—1864)，德国的社会主义者、劳工运动指导者，1863年组织全德劳工联盟(Der Allgemeine Deutsche Arbeiterverein)。本文里所说的是指其著作：*Das System der erworbenen Rechte*, 2 Bde., 1861。

相反的,因为任何人都无法借由自己的劳动而生产出土地来,故而土地具有不可能被占有性的这个教条,亦即对土地所有者阶层的封闭性所提出的抗议,与农村里被普罗化的农民——由于其日益被狭窄化的生计活动空间,迫使其不得不屈服于土地独占者的桎梏下——的阶级状况相对应,这点是很清楚的。同样清楚的是,这样的口号必然在以下这些情况里特别具有令人慷慨激昂的力量,亦即:(1)农业生活的收益实际上主要仍取决于土地的自然性质,同时,土地的占有,至少对内而言,尚未完结;(2)农业生产上尚未出现劳动组织那种理性的"大经营"⑭,领主的年金要不是来自纯粹的小佃作租金,就是出自农民依其农业用具与技术所产生的收益。这些情况特别常见于"黑土地带"⑮。

就其积极面而言,这个小农的自然法意义分歧多样,它可以是指(1)以本身劳动力的充分利用为基准的土地分配权利(俄语为"trudowaja norma"[劳动基准]),也可以是指,(2)以传统上不可或缺的需求满足为基准的土地所有权利("potrebitjelnaja norma"[消费基准])⑯,用日常的用语来说,亦即"劳动权"(Recht auf Arbeit)或"最低生活权"(Recht auf Existenzminimum),或者与这两者相结合的,(3)"全部劳动收益的请求权"(Recht auf den vollen Arbeitsertrag)。发生在本世纪初的俄国革命,依今日所能想见的,很可能是

---

⑭ "唯有西方认知了具备**固定资本**、自由劳动、理性的劳动专门化与劳动结合、纯粹流通经济的劳务分配、并且建立在资本主义营利经济基础上的理性的资本主义经营。换言之,只有在西方,我们发现到形式上纯粹自愿的**劳动组织**的资本主义形态(作为广泛大众之需求满足的典型与支配形态),以及劳动者与生产手段的分离、和有价证券持有者之占有企业。"(韦伯,《经济行动与社会团体》,页155)

⑮ 乌克兰和南俄的沃土地区。

⑯ 参见 M. Weber, *Gesammelte Politische Schriften*, S. 88 f. 。

世界上最后一起自然法取向的农业革命[17];这场革命,即使纯就理念而言,也已血流殆尽而亡,原因在于:上述前两种可能的自然法规范,不仅无可解地彼此对立,而且,也与诸多农民纲领对立,无论这些纲领是基于历史的动机、现实政治的动机、实际—经济的动机,或最后——陷入绝望的混乱里,因为与自己本身的基本教条相矛盾——基于马克思主义—进化论的动机。

上面三种"社会主义的"个人权利,如众所周知的,也在工业的普罗阶级的意识形态里扮演了某种角色。其中的第一和第二种,在劳动者无论处于手工业的或资本主义的生存条件下,理论上都有十足理由可以成立。第三种则唯有在手工业的生存条件下才有可能;若是在资本主义的生存条件下,第三种个人权若不是完全不可能,就是唯有当一切的交换里,一定的费用价格被严格恪守传统地全面维持住(并且具体可行)时,方有可能。同样的,在农业的领域里,也唯有当生产并非资本主义式的生产时,方有可能。因为,资本主义的生产分工,将农地收益的归属由直接的农业生产场所转移到生产农业用具和人工肥料等的工场那儿去;并且,工业的领域也同样如此。然而,举凡收益是由市场上自由竞争的产品易价结果来决定之处,个人的(第三种)权利的内容不可避免地便会失去其所谓个人的"劳动收益"的意涵。所谓个人的"劳动收益"根本不再存在,而这样的主张也不过是意味着那些处于共同的阶级状态下的人的集体的权利要求。以此,此种权利转变成为一种"生活薪资"(living wage)的请求权,也就是"对于依照**一向的**需求所决定的最低生活费具有

---

[17] 此处是指俄国发生于1905—1906年的革命。不过,在上注所提的著作里,韦伯预测俄国将会有一场新的革命来临,而这场革命与其说是自然法取向的,倒不如说是共产主义取向的革命,并且将创造出一种有别于任何曾经存在过的景况。

请求权”的一种变形。这和中世纪教会伦理所要求的“正当价格”(justum pretium)[18]相类似，若对此价格有所疑问时，则依考察(有时则为检验)该价格是否能维持该手工业者过着符合其身份的生活而定。

“正当价格”乃教会法的经济理论里最重要的一个自然法的要素，其本身亦落入相同的命运。教会法相关文献里对于“正当价格”的决定根据的讨论，让我们观察到，原本基于“生计原则”的这种劳动价值价格如何逐渐被迫让位给竞争价格——随着市场共同体关系的进展，竞争价格如今成为“自然的”价格。在佛罗伦萨的安东尼(Antonin von Florenz)的著作里，竞争价格已经占有决定性的优势[19]。

---

⑱　关于“正当价格”，参见《支配社会学(II)》，页402及以下。

⑲　Antoninus (1389—1459)，意大利的神职者，1446年后担任佛罗伦萨大主教。重要著作有：Summa Theologica (神学大全)、Summa Confessionalis (告解提要)、De Usuris (利息论)。经济史家陶尼(R. H. Tawney)在其著作《宗教与资本主义的兴起》一书中有如下的叙述：“多位14世纪的经院学者强调共同评价(the common estimation)里的主观因素，主张价值的本质为效用，并得出结论：在契约的自由之下最有可能获致正当价格。因为，光是交易成立的事实即显示出双方获得满足。15世纪时，盱衡当时高度发展的商业文明而著书立作的圣安东尼，致力于达成某种综合：一方面，传统教条的原则固然应当守护，然而，经济的动机也应当要分摊到必要的角色。将左右价值的种种条件做过一番缜密的分析后，他下了这样一个结论：既然价值会因时、地、人而异，所以，所谓价格的正当性最多不过就是“可能与推测”(probability and conjecture)这么回事。他的实际贡献在于，区分出价格的三个阶段——虔敬阶段(gradus pius)、贤明阶段(gradus discretus)与严正阶段(gradus rigidus)，然后据此将一种新的弹性引进到整个观念里。根据他的说法，卖主若以高于公定价格百分之五十的价钱卖出，则负有返还超过额度的义务，即使超过公定价格没这么多，但是故意的话，也必须以捐献方式做出赔偿。不过，若是偶然的无心之过，倒是可以原谅的，此中有个可商量的幅度，在此幅度内，价格变动并不牵涉到罪的问题。此一结论，承认了市场的非人格力量，无非是中世纪晚期活泼的商业活动的自然产物，并且显然含带着一种精神革命的种子。”(*Religion and the Rise of Capitalism*〔Pelican Books〕, p. 52 – 3)

在清教徒的观点看来,此种价格当然更是全面性支配的。"不自然"而该被唾弃的价格,就是那种并未奠基于自由的——不受独占或其他恣意的人为干涉所妨碍的——市场竞争的价格。此一原则,在清教徒影响下的整个盎格鲁撒克逊世界里,至今仍具影响力。由于其具有自然法所给予的威严,此一原则已证明本身作为"自由竞争"这个理念的支柱,比起欧陆的巴斯提阿(Bastiat)[20]之流的纯粹功利主义的经济理论,要来得强而有力得多。

六 自然法对于法创造与法发现的实际影响

所有的自然法的教条多少都对法创造及法发现产生重大影响。部分教条在其成立之初的经济条件已不复存在后仍长存下来,并且成为法发展的一个独立的要素。形式上,它们首先是强化了法律走上逻辑抽象化的倾向,总的来说就是强化逻辑在法思考里的力量。实质上,其影响的力道极为歧异多端,然而无处不是相当显著。不过,我们在此并不是要来一一追索此种影响以及各种自然法公理的变迁与妥协。

不止革命时期的法典编纂,也包括革命前的理性主义的近代国家与官僚阶层的法典编纂,都受到自然主义教条的影响,并且究极地从他们所制定出的法的"合理性"(Vernünftigkeit)里,广泛推导出这种法的特殊的正当性。我们已看到,借此[理性]概念之助,从伦理—法律的形式性质转化为功利—技术的实质性质,有多么的容易,而且真的发生了。此种转化,基于我们先

[20] Claude Frédéric Bastiat (1801—1850),法国经济学家,主张自由贸易,主要著作为:*Les harmonies économiques*, 1850。

前已知的理由，当然是很容易发生在革命前的家父长制的权力里，相反的，在市民阶级的影响下所进行的革命时期的法典编纂，不仅强调而且强化个人及个人权利领域——相对于政治支配权——的形式的自然法的保障。

其后，社会主义的兴起，首先确实是意味着，在群众的脑海里，尤其是在属于知识阶层的理论家的脑海里，实质的自然法教条的支配力日益强化。不过，这些实质的自然法教条之所以未能取得对法律裁判的直接影响力，原因在于，就在其取得此种影响力之前，由于同样的那个知识阶层之间急速发展起来的实证主义的、相对主义—进化论的怀疑，业已再度瓦解了这些教条。在这种反形上学的激进主义的影响下，群众的来世论的期待转而向先知预言而非理论定理寻求立基点。结果，在革命的法理论的领域里，自然法学说被马克思主义的进化论教条主义所摧毁。不过，从公认的学问的层面上看来，它一方面是被孔德的发展图式，另一方面则是被历史主义的"有机的"发展理论所毁灭。还有，"现实政治"(Realpolitik)也起了相同的作用：在近代权力政治的压力下，尤其是公法理论不得不纳入现实政治的要素。[21]

七　自然法公理理论的解体，法实证主义与法律家阶层

公法的理论家过去使用、而且现在更大规模地运用下面这种方法，亦即：揭露出某些实际—政策上的荒谬显然是他们所攻击的法

---

[21] 完全"实证地"处置公法的模式在德国特别是以拉邦德(Paul Laband, 1838—1918)及其门徒为代表。关于拉邦德，参见 E. von Hippel, 8 *Encyc. Soc. Sci.*, 614.。

学结构所产生出来的结果,并且以此而认为这样的法学结构业已出局。此种方法不止直接与形式的自然法的方法相对反,而且一丁点也不包含实质的自然法。不只如此,欧陆法学所据以运作的乃是,直到最近基本上未受争议的一个公理,亦即实定法的逻辑"完整性"的公理[22]。首先明确宣扬此一公理的,恐怕是边沁,用以抗议习惯法的判例主义与非理性。[23] 此一公理也受到所有以下这种倾向的间接支持,亦即倾向于拒斥一切超实定的法律——尤其是自然法;在这一点上,也受到历史学派的间接支持。要将自然法未受公认的诸多公理对于法律实务的潜在影响完全加以排除,当然是困难的事。不过,自然法公理理论现今之所以大失信用,不只是由于形式的自然法公理与实质的自然法公理之间有着无法协调的斗争关系,也不只是由于各种不同形态的发展理论产生了作用,而更是由于所有超法律的公理——部分因法学的理性主义本身,部分因近代主智主义一般性的怀疑精神——普遍地日渐瓦解与相对化。总之,自然法的公理理论已失去其作为法律基础的担当力。人们或者坚定信仰法律规范具有积极的、宗教的启示性格,或者坚定信仰自古以来的传统具有不可侵犯的神圣性,相较之下,经由抽象而得的规范,即使是其中最具说服力者,都显得太过于纤细而不足以担当(作为法律基础的)重任。结果,法实证主义,至少在目前仍然马不停蹄地往前迈进。古老的自然法观念之消逝,原则上摧毁了赋予法律——基于其

[22] 参见本书第1章本文最后,关于当今法学研究之出发点的5项假定。

[23] 韦伯此处见解出于J. Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, Bd. 1, S. 155 ff.。反对的看法,参见J. Lucas, *Zur Lehre von dem Willen des Gesetzgebers*, *Festgabe Für Laband*, 1908。后者循线追索法秩序与自然法的绝对王权倾向之间毫无间隙的教条,并否认边沁在这方面的任何可能影响。两者相互间的争论以一系列的文章进行:*Hatschek*, 24 Archiv *F. öffentliches Recht*, *S.* 422 (1909), 26 *ibid.*, S. 458 (1910);Lukas, 26 *ibid.*, S. 67 &465 (1910)。

内在性质而来的——形上尊严的一切可能性。如今赤裸裸地展现在我们面前的是，大多数的法律规定、而且原则上是其中特别重要的诸多规定，要不是利害妥协的产物，就是利害妥协的技术手段。

不过，法的超法律的基础支柱之所以如此崩解，只不过是下面这种意识型态发展当中的一个现象：一方面，不断强烈怀疑具体法秩序中个别命题的权威，另一方面，借此极力促成对当时以正当之姿出现的权威势力**整体**——如今被人们光从功利的观点来评价的力量——事实上的服从。此种态度特别显见于法实务家的圈子当中。

维持既有法律的职业义务，似乎让法实务家列于"保守"势力的阵营。这在下面这种双重意味下，的确是没错的：法实务家不只冷冷地对待以"社会"理想之名而来自"下头"的实质要求的压力，也冷冷地面对以政治权力的家父长制势力与福利关怀之名而来自"上头"的实质要求的压力。但这并不表示法实务家是无条件地保守的。特别是律师，由于他们与利害关系者的直接关系，也由于他们乃是社会评价不稳定的私人营利者的性质，所以使得他们适于扮演非特权者的代言人和形式的法律平等的代表人的角色。因此，早在意大利自治共同体的 popolo 运动[24]，以及近代所有的市民革命里，还有更广泛地在社会主义的各政党里，律师与法律学者都扮演了突出的角色。此外，在纯粹民主制的政治团体里（法国、意大利、美国），作为唯一专门精通各种法律可能性的技士、名家，以及作为其委托者的心腹，他们自然而然地成为政治生涯的逐鹿者。[25]

不过，在某些情况下法官也会基于意识型态的理由或身份的连

[24] 参见康乐、简惠美译，《非正当性的支配——城市的类型学》，页 130 及以下、页 133 及以下。

[25] 参见 M. Weber, *Gesammelte Politische Schriften*, S. 260 f., 352, 378, 502, 510 ff.。其中，在《政治作为一种志业》这篇演讲稿里所提到的，关于法律家在政治上扮演的角色，参见钱永祥编译，《学术与政治：韦伯选集(I)》，页 191 及以下。

带感，甚至有时是基于物质的因素，而形成反制家父长制势力的强大力量。对法官而言，所有外在的权利与义务，依循规则而清楚明白地确定下来，这件事本身似乎就是一件无需其他理由便值得去追求的；在其思考中的这种特殊“市民的”基础要素，业已决定了他们在政治斗争当中——为抵制权威性的家产制的恣意与恩宠而战——的相应立场[26]。

不过，一旦社会秩序的“规则拘束性”已臻成熟，法律家到底会向权威主义的权力这边靠拢，还是偏向反权威主义权力的这一边，就取决于重点是多放在“秩序”这个事实上，还是多放在秩序赋予个人领域保障与安全上，也就是“自由”这个重点上；按照拉德布鲁赫(Radbruch)的区分，亦即法律是被评价为“行政规则”，或者被评价为“主观权利”的来源[27]。然而不只是这样的对立，而尤其是先前提到的形式的法理想与实质的法理想的古老抉择，以及取决于经济条件的、后者(实质的法理想)——无论是从社会上阶层或下阶层——的强劲再生，都削弱了法律家本身的反对势力的立场。到底权威的权力是使用了哪些技术手段而成功地克服了来自法官阶层内部的抵抗，我们稍后再谈。让法律家的态度产生变化的一般的意识型态的因素当中，对自然法的信仰之消逝，扮演了重要的角色。今日，只要法律家阶层显示出与各种社会势力之间有任何典型的意识型态关系，那么他们是比以前更加强烈地站在“秩序”这一边，而这实际上意味着：他们支持的是当下正行使支配的、“正当的”权威的政治权力。在这方面，他们不同于英国与法国革命时代以及一般而言启蒙时代的法律家。他们也同样异于家产制君主专制政治下的法律

---

[26] 参见第五章注 18 的阿诺德审判。

[27] Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1914 ed.)；不过，在 1932 年和 1950 年的修订版上已经不再出现此种用词了。

家，或在议会及地方团体里活动的法律家——甚至晚至 19 世纪 60 年代普鲁士“巡回法官议会”(Kreisrichterparlament)的法律家[28]。

[28] 1860 年代是普鲁士的所谓“宪法斗争”的时代。1862 年成为普鲁士首相的俾斯麦与以进步党为第一大党的议会之间，因军备扩张的问题而展开激烈的斗争。此一时期的议会之所以名之为 Kreisrichterparlament，是由于议员当中有许多是当时第一审法院(Kreisgericht)的法官(Kreisrichter)之故。

第八章

近代法律的形式性质

一　近代法律里的法的分裂

近代西方特有的司法裁判形态乃是奠基于此种理性的、有系统的法创造。然而，其形式的性质却由于新近的发展而显得暧昧不明。

使得“主观的”权利与“客观的”法联结在一起的古老原理业已消失；此一古老原理意味着：法（=权利）乃是某个人群团体成员的“有效”资格，并且为此一团体的成员所独占。同样已成为过去的，还有法之部族的或身份团体的属人性（Personalität），以及因共同体誓约而被篡夺或因特权的授予而被合法化的、法的分裂性（Partikularität）。据此，身份制的以及特殊团体的诉讼程序和受理法

院也随之走入历史。然而，法之属人性与分裂性，以及特别审判权，并未因此而被去除净尽。反之，最近的法律发展却使法律日趋分裂。只是，为(分裂的法的)各通用领域划定界限的原则，有了特征性的变化。

此一现象最典型的是近代的法的分裂当中最重要的一环，即商法。属于此种特别法的，一方面，以德国的商法典为例，是某些种类的**契约**，其中最重要的是：为了获利而企图将之再让渡的财货取得契约。① 对商业行为的这种定义，完全是根据理性化的法而下的，所指涉的并非形式的性质，而是具体的商业行为之想要达成的、目的理性的**意涵**，换言之，"利益"是通过将来的**另一个**交易行为而获得。另一方面，属于此种特别法的，是某些特定种类的**人**，他们的决定性特征在于：上述那种契约是由他们"职业性地"(gewebsmäβig，在执业的过程中)做出来的。② 因此，对于限定此种法律的有效范围而言，实质上，关键并不在于文字措辞，而在于"经营"(Betrieb)的概念。因为，以上述交易行为为构成要素的经营，就是商人经营(Kauf-

---

① 韦伯此处所针对的是1861年的德国旧商法典。根据此旧商法典第271条1号，"商业行为"乃是："商品和其他动产、国债、股票以及为了其他商业交易而制定的有价证券，以再次让渡为目的而购买之、或依其他方法取得之的行为"，而"不问商品和其他物品是即此再次让渡，还是经过改变或加工而再次让渡"。此外，英译者亦罗列了法典第1条所规定的九大类商业行为，包括：(a)商品与有价证券的买卖、(b)独立企业之经营契约对手所供应的原料或物品、(c)保险业、(d)金融业、(e)海上陆上和内陆河上的航运物品或人员、(f)代理商、经纪人、运输业者、仓储业者的经营、(g)商业买办、承包商和经理人的营业、(h)出版商、书商和艺术品交易者的业务、(i)印刷业者的业务。

② 根据德国旧商法典第4条，"以进行商业行为为职业者，即为本法典的商人"。英译者指出在法典第2卷里有以下定义："凡是因其规模或因其被营运的方式而必要有确实业务的经营，便是商业经营，即使并未列入第1条所举出的任何范畴里"。同样的，在1807年的法国商法典里第1条："商人便是所有从事商业行为并且让此行为成为其习惯与职业者。"

mannsbetrieb),并且,所有**实质上**——亦即基于上述那种想要达成的意涵——"属于"某个具体的商人经营的契约,无论其性质为何,都是——若根据商法的规定——"商业行为"(Handelsgeschäft)。③ 除此之外,作为商人经营之构成要素的上述那种行为,即使是非商人所进行的随机行为,也还是适用此种特别法。因此,对于划定妥当范围而言,其关键在于:一方面,各个行为的切实(sachlich)性质(尤其是在目的理性的"意涵"上),另一方面,切实地(目的理性意涵上)属于进行经营的理性的目的团体,这和过去以属于某一身份阶层——通常借着誓约或特权而在法律上建构起来的身份——来划定妥当范围,是不同的。

正因为妥当范围是依人而划定的,商法是一种阶级法,而非身份法。不过,与过去的这种对立无疑只是相对的。只要是与商业和其他纯经济性的"职业"(Beruf)相关的法,从来就都具有纯粹切实的性格,尽管外在形态有所不同,但实质上内在是类似的。只不过,过去纯粹依身份来划定妥当范围的那种法的分裂,不论在质或量上都重要得多了。而且,职业上的各种特别法的妥当范围的划定——只要这些法的妥当性并不是以加入某个誓约共同体为条件来决定的——多半是依纯粹形式上许可证或特权之有无而定。例如,根据新的德国商法,凡是在商业登记簿上登记有案,就具有商人资格④,商法的人的适用范围便是依这种纯粹形式的标志来划定,然而,在其他方面,其适用范围则是依业务营运的经济意涵而定。其他职业

③ 根据德国旧商法典第 273 条,"商人的各个行为,只要是属于商人的商业经营范围里,全都被视为商业行为"。

④ 根据德国新商法典第 2 条,"手工业及其他营业的企业,其业务根据第 1 条第 2 项并未被视为商业,但就其方法与规模而言有必要进行商人所设备的那种业务经营者,只要企业者的商号被记入商业登记簿里,在本法典的意涵里即被视为商业"。另参见新商法典第 5 条。

阶级的特别法也同样压倒性地按照这种切实的指标来划定妥当范围,只有在某些情况下才依形式而定。与近代特有的诸多特别法相对应的,是许多的特别法庭与特别诉讼程序⑤。

这种法的分裂之所以形成,主要原因有二。首先是由于职业分化,以及财货交易与经营工业生产的利害关系者的立场越来越受到重视。他们期待借着这种法的分裂而使自己本身的法律问题能够得到内行人来专门加以处理。⑥ 不过,最近另一个法分裂的因素扮演了更重要的角色,即一种期盼,希望能够避开正常法律程序的烦琐形式,让具体的案例获得更合适、更迅速的审判。⑦ 实际上,这意味着从实质的利害关心出发,从而导致法形式主义的削弱。光就这点而言,此乃一整个类似的近代现象光谱中的一环。

法律与诉讼的一般发展,按照理论上的"发展阶段"整理的话,是从"法**先知**"的卡理斯玛法启示,发展到法律**名家**的经验性法创造与法发现(预防法学与判例的法创造阶段),进而发展到世俗的公权力与神权政治的权力下达法指令的阶段,最后则为接受法学**教育**者(专门法律家)体系性的法制定、与奠基于文献和形式逻辑训练的专门的"司法审判"阶段。以此,法的形式性质的发展阶段,则是从原始的诉讼里源于巫术的形式主义和源于启示的非理性的结合形态,时而途经源于神权政治或家产制的实质而非形式的目的理性的转

⑤ 这类特别法中最为重要者为劳工法及劳工法庭的特殊层级制。此外,还有一般司法行政的行政法庭,和一系列的特别法庭分别处理基于社会安全法或战争抚恤法所产生的诉愿,以及处理税务纠纷和某些农业行政上的案件。

⑥ 商业法庭和劳工法庭通常是由工商业界——业界的事务受理单位是法院的特殊部门——里被筛选出来的人士组成的陪审庭。参见 1926 年 12 月 23 日的劳工法庭法(Arbeitsgerichtsgesetz), Sec. 17。

⑦ 在劳工法庭里,到了审判阶段时,一般而言是不许由律师代理出席的。参见 1926 年 12 月 23 日的劳工法庭法, Sec. 11。

折阶段,发展到愈来愈专门化的法学的、也就是逻辑的合理性与体系性,并且因而达到——首先纯由外在看来——法之逻辑的纯化与演绎的严格化,以及诉讼技术之越来越合理化的阶段。

此处由理论所建构起来的合理性的阶段,在历史现实里并不是到处都是依理性程度的顺序整齐地排开,并且也不是四处(即使是西方)都经历过这样的阶段或存在于现今;进而,法的理性化的形态与程度的种种形成原因,正如我们已简单描述的,在历史上也极尽各种不同的可能;因此,此处我们得抛开所有这些问题,而仅止于着手确定一般的发展趋向的问题。我们只须谨记,各处的发展之所以大有不同,基本上取决于:(1)政治权力关系的不同,亦即,相对于氏族的、司法集会人团体的、身份制的力量,公权力所拥有的力量——基于后面我们会讨论到的政治因素——强弱极为分歧;(2)神权政治的权力相对于世俗权力的权力关系;(3)对于法律的形成具有决定性力量的法律名家之结构上的不同,此种结构上的不同亦强烈取决于政治的状况。

唯有西方认识到完全发展的司法集会人团体的审判,以及家产制的身份制定型化;也唯有西方见证到理性经济的发展,此种经济的担纲者起先是为了打倒身份制的诸权力而与君主的势力结盟,后来再以革命来对抗君主;因此也只有西方知道所谓的“自然法”;唯有西方经历了法的属人性和“自发性法律破除普通法”的命题之去除净尽;唯有西方有罗马法这样一种独特的形态,并经历承袭罗马法的那种过程。所有这些几乎全都是缘起于具体政治因素的现象,西方之外的全世界各地仅见凤毛麟角的类似之处。因此,奠基于法学专门**教育**的法律阶段,如我们所见的,除了西方之外,没有其他任何地方能够完全到达。经济条件亦如我们所见的,也在各处对此扮演了相当重要的角色,然而从未成为单一的关键所在,这点在我们后面谈到政治的支配时,便会见得分晓。既然经济条件在塑造现今

西方法律所具有的特殊近代特征上也共同参与演出，那么就让我们整体来看看其协力的方向。

二　近代法发展里的反形式的倾向

对财货市场的利害关系者而言，法的理性化与体系化，一般而言，并且在保留后述诸限定的条件下，意味着审判机能的计算可能性的扩大，而此种可计算性对于经济的永续经营、尤其是资本主义的永续经营而言，是最重要的前提条件之一，确实，若没有法的"交易安全"，永续经营即无以为之。诸如票券和票券诉讼之类的特殊交易形式与特别诉讼程序，即用以应付这种要求法律保障具有纯粹**形式**的明确性之需求。

不过另一方面，近代的法发展（某种程度上，古代罗马的法发展亦然）包含了助长法形式主义之弱化的各种倾向。受形式束缚的证据法之为"自由心证主义"（freie Beweiswürdigung）所取代，乍看之下，似乎只是个技术问题[8]。如先前所见，起初受巫术所制约的证明手段，原先的形式束缚之所以被破除，部分是由于神权政治的理性

[8] 罗马—教会法诉讼程序在广为一般欧陆法庭所接受之后，即以其"形式证明"的体系为特色，而这在很多方面都类似于英美诉讼程序的证据法。这类程序中包括了一些规则，用以排除某些种类的证据，并且相当特殊地，还包括了关于确证事实的详细规则和关于法官必须以机械方式来衡量相互抵触的证据的详尽规定。譬如，若有两名可靠证人的证言，即构成充分证明（probatio plena），一名可靠证人则为半证明（probatio semiplena），而一名可疑证人（testis suspectus）就比半证明更逊一筹（probatio semiplena minor）。这一整个形式证明的体系后来被 19 里世纪的程序改革所扫除，并代之以自由的或理性的证明体系，后者去除了大部分的排除性规则，将法官从数数儿似的桎梏里解放出来，并且授权法官依经验与理智来评量证据。参见 A. Engelmann & R. W. Millar, *History of Continental Civil Procedure*, 1927, p. 39。

主义、部分则是由于家产制的理性主义所造成,这两者皆要求"实质的真相探究"(materielle Wahrheitsermittlung)。换言之,形式束缚之破除乃是实质理性化的产物。然而,今日自由心证主义的范围与界限,最取决于"交易上的利害关系",也就是经济的诸要素。很清楚的,原先属于形式法学思考里的一个非常重要的领域(诉讼法),由于自由心证主义的缘故而逐渐被从中抽离出去。[9]

不过,我们更感兴趣的毋宁是实体法领域里与此相对应的各种倾向。部分倾向则见之于法思考的内在发展领域。确实,法思考在逻辑上的日益纯化无论何处皆意味着:对外在明晰的形式特征的执着——就法规范本身也好,就(尤其是)法律行为的解释也罢——之为逐渐强化的逻辑**意义解明**(Sinndeutung)所取代。在普通法学的理论里,此种意义解明要求让当事者的"真正意图"发挥效用,并且以此而将个性化的、(相对而言)实质的契机带入法形式主义当中。不只如此,此种意义解明[10]——一如我们所熟知的宗教伦理的体系化——现在试图全面将当事者相互间的关系建立在其行为的内在核心、亦即"心志"(Gesinnung, bonna fides, dolus)的基础上,也就是将法律结果联结于非形式的要件事实上。无论是原始的交易,或是技术上已然分化的交易,财货交易的大部分莫不是要以广泛的人际

[9] 英译者认为英国的普通法里保留了大量形式主义的证据法,而这就是为什么在诸如侵权行为、伤害、法律文书的解释与构成等领域里,英美法律比欧陆民法体系发展出为数庞大得多而且巨细靡遗的法律规则来的主要因素。

[10] 关于这个问题,韦伯在《宗教社会学》里一再反复讨论,例如在第3章第5节《神概念、宗教伦理与禁忌》里,韦伯阐述了"对精灵的信仰被理性化为对神的信仰"的过程,"神概念循着普遍主义的形式发展"而有"宗教伦理"的形成和伦理性罪恶意识的出现,以致救赎的期待等观念的演化,"导致虔敬借着其所引发的持续动机而升华为一种特殊的生活态度(Lebensführung)的恒久基础"(《宗教社会学》,页55-56)。

信赖——信赖他者的行为之实质的诚实性——为基础，方有可能。因此，随着财货交易的重要性日益增高，在法实务里要求保障此种行为的需求也随之升高，然而，就事情的本质而言，此种行为若在形式上要以言语来表现，也只能是不完全的。以此，通过法实务，这种心志伦理的理性化可以为有力的利害关怀所用。

除了财货交易的领域之外，法的理性化也将心志凸显为固有的重要因素而全面取代了按外在判准的事务评量。在刑法里，法的理性化亦以理性的、不论是伦理的或是功利的"刑罚目的"，来取代唯结果是问的复仇，并且借此而同样是将非形式的要素逐渐带入法实务当中。然而后果并非仅止于此。在私法的领域里，对当事者心志的考量，实质上也包含了法官对于心志的评价。"信义诚实"与交易上的"善良"风俗，亦即究终而言伦理的范畴，如今决定了当事者"被容许"何所欲的问题。[11] 在此，关于所谓"善良的"交易风俗，实质上指的是承认利害关系者的平均看法——基本上具有作为事实的性质之一般的、切实一交易上的特征——之作为**被**利害关系者所平均**期待的**，也因此而为审判所接受的规范基准。

不过，我们业已看到，纯粹专门法学的逻辑必然地总是造成致使私人的法利害关系者的"期望"彻底落空的结果。此处，所谓专门法学的逻辑，是指以抽象的"法命题"为依据，并且依从支配性的定理，而将生活事实在法律上"建构"起来，此一定理是说，凡是法律家——以学术工作所获得的"原则"为其判准的法律家——无法"想到"的，在法律上也不存在。

---

⑪ 关于此种审判态度的阐述，参见德国民法典与商法典的批注版里解释相关条文的案件陈述（关于"信义诚实"的德国民法典第 242 条，关于交易上的"善良"风俗的商法典第 346 条）。亦有学者指出法官依据此种不明确的标准所可能导致滥用法律条款的危险，参见 Hedemann，*Die Flucht in die Generalklauseln*，*Ein Gefahr für Recht und Staat*，1933。

法利害关系者的"期待"是以法命题之经济的或几近功利的实际"意义"为取向;但是这在法逻辑看来则是非理性的。没有任何一个"素人"能够了解,为什么依照古老的窃盗概念的定义,"偷电"(窃盗电力)这项罪行是不可能存在的。⑫ 导致这种冲突的,决不是近代法学特别愚蠢,而多半是因为,一方面,任何一种形式的法思考皆具其**逻辑的**固有法则性,另一方面,利害关系者们的协同合意与法律上的重要行为,乃是以**经济的**效果为目标、以经济的期待为取向,这两方面的不一致,产生了不可避免的冲突。

正是因为这样,现今才会一再发生利害关系者对法学的这种专业思考提出抗议的情形,而这种抗议甚至在法律家对本身的专业经营的反省中得到支持。然而,除非完全放弃法律家内在固有的形式性格,否则法律家的法,决不会与上述那种期待全然合致,而且从来也没有合致过。在这一点上,即使是我们现今大为赞赏的英国法也是如此,⑬连同古罗马的法曹法和欧陆近代的法学思考习惯也莫不如此。任何尝试以"自然的法"(natürliches Recht)来取代过时的"自然法"(Naturrecht),目的在于顺应利害关系者(平均的)"期待"而达成"纷争解决"(Streitschlichtung)的作法(如同艾瑞希·容格[Erich Jung]之所为)⑭,也将因此而与某种内在的界线相抵触。不过,这样

⑫ 根据德国刑法第242条,窃盗是指窃取他人的"动产"(bewegliche Sache),而根据德国民法第90条,"Sache"是"有体物"。所以,电力并非Sach,因而也就构不成所谓"窃盗"电力这项罪名了。德国在1900年4月9日通过特别法确认电力窃盗罪。

⑬ 在一次大战前数年间,英国的司法行政,特别是英国"司法君王"(Richterkönige)的创造性角色与崇高地位,受到许多德国学者的高度推崇并且呼吁加以采用,尤其是A. Mendelssohn Bartholdy, *Imperium des Richters* (1908)与F. Adickes, *Grundlinien Einer Durchgreifenden Justizreform* (1906)。

⑭ Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912.

的想法确实是和法生活的现实动态联结在一起的。

原则上，共和制晚期、尤其是帝国时期的古罗马法，业已实际发展出以“平均之期望”为取向的这样一种交易伦理。不过，罗马法成问题之处，整体而言，也仅限于这一小撮直接被视为肮脏与欺诈的操弄而已，而据此机能，法律实际上所能保障的也只是“伦理的最低限度”。“善意”（bona fides）尽管被强调，然而“顾客自当心”（caveat emptor）的命题仍然有效。

不过，随着近代阶级问题的兴起，一方面来自部分法利害关系者（尤其是劳工阶级）这边，另一方面来自法的意识型态者这边，对于法律提出实质的要求，亦即，他们反对单以交易伦理为基准的排他性的支配，并要求一种奠基于激昂的伦理要求（“正义”、“人的尊严”）上的社会法（soziales Recht）。不过这意味着，对法的形式主义提出根本的质疑。因为，利用“趁人之危”（Ausbeutung der Notlage）之类的概念（暴利管制法），或者试图以代价不相称为由，而将契约视为违反善良风俗并因此而使之无效，[15]在法律上看来，基本上是奠基于反形式的规范上。此种规范，在性格上既非法律的，也非习律的或传统的，而是纯粹伦理的，换言之，此种规范乃诉诸于实质的正

⑮ 德国民法第 138 条 1 项里规定：“违反善良风俗的法律行为无效。”接着第 2 项里规定：“趁着他人穷困、疏忽或无经验（unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen）而致使他人针对某项给付答应或给予自己或第三者金钱利益的法律行为，若此金钱利益就该当事件观之，乃明显丧失权衡地超过给付之价值时，该法律行为即为无效。”在德国，根据关于商业交易的 1861 年商法典，以及关于其他行为的 1867 年 11 月 14 日的北德同盟法律，利率的限制被废止，从而产生了重大的弊端，为此，1880 年 5 月 24 日的法律及 1893 年 6 月 19 日的法律便规定，利用他人的穷困等方法而获取法外利益的行为——尽管形式上并没有最高利率的限制——均被视为“暴利的”行为而无效。民法典的规定即总括以上的法律规定而成立。

义,而非形式的合法性。

对于法与法实务的这些影响,一方面是来自民主制里的各种社会要求,另一方面是来自君主制官僚体系的福利政策;与此相应的,法实务家内部的身份阶层意识型态也开始对法与法实务产生作用。工作被限定在单只是对条文和契约作解释,就像是个法的自动贩卖机,人们从上头丢入事实(加上费用),他自下头吐出判决(及其理由),这在近代的法实务家看来显得低级而有失身份,尤其是当法典化的形式的制定法愈来愈普遍化时,这种感觉定然愈益不堪。他们所要求的是法官要有"创造性的"法律活动,至少当法律使不上力的时候。"自由法"论(freirechtliche Doktrin)所要证明的是,法律的力有未逮是所有的法律在面对生活事实的非理性时必然的宿命,也因此在很多情况下,单是解释而加以适用,只不过是种假象,从而决定的做出是、而且必然是依据具体的价值考量,而不是依据形式的规范。[16] 若据瑞士民法典第一条,当法律未有明确的规定时,法官就必

---

⑯ 德国的自由法(Freirecht)学派是美国与北欧的"现实主义"的对应版。这三个学派的基本理论观念是,法律并非由法官所"发现",而是他们所"制作"的。此一理念先是由比娄(Oskar Bülow)于 1885 年在其著作 *Gesetz und Richteramt* 里提出。头一位对学说汇纂学派的"概念法学"(Konstruktionsjurisprudenz, conceptual jurisprudence),或者以韦伯的用语"理性的形式主义",展开攻击的是基希曼(v. Kirchmann),言论发表于 1848 年的一本煽情小册子 *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*。后来学者耶林(Jhering)也加入此一攻击,前此,他是传统方法最为卓越的诠释者之一,如今他则转而强调法律作为手段以获得功利目的的角色,此种目的就某方面而言是现今所谓的"社会工程",或者韦伯所说的"实质理性"(参见氏著 *Der Zweck im Recht*, 1877/83);并且他也对法律概念论大加嘲讽(*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1855)。到了世纪之交,攻击的炮火更加猛烈,并与以下主张相结合:法庭应甩掉概念法学的技术(也就是韦伯所说的理性的形式主义的技术),应该放弃法秩序涓滴不漏的假想,从而视法令法典不外乎字面所指的最有限意义,并且以自由而伟岸的创造力来弥补其中的缺漏。此一运动的领

须根据本身若是立法者则会定立的规则来做出判决。此一有名的条文固然有其实际的意义，但往往被过度评价，虽然如此，在形式上，这倒是与康德著名的定式化相合致。[17]不过，一套法律若是要依这样的理想而行，有鉴于价值冲突的不可避免性，事实上，就不得不常常要全然抛开这些抽象的规范，并且，至少在价值冲突的场合时，必

（接上页）导人物包括：富赫斯（E. Fuchs，执业律师，主要著作有 *Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*，1909；*Was will die Freirechtsschule*，1929）、康妥洛维兹（H. Kantorowicz，教授，以笔名 Gnaeus Flavius 著作 *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*，1908；*Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*，1925）以及格默林（J. G. Gmelin，法官，著有 *Quousque? Beitrag zur soziologischen Rechtsfindung*，1910）。后来埃尔利希（E. Ehrlich）也加入这个热情而激进的阵营，并为此一运动提供了广博的历史与社会学基础（*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*，1903；*Die juristische Logik*，1925；*Grundlegung der Soziologie des Rechts*，1913）。此一运动引发了激烈的讨论（尤其可参见 H. Reichel，*Gesetz und Richterspruch*，1915；G. Böhmer，*Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*，1915. Ⅱ，p. 158），并引起美国方面的注意（以上所引书籍都有译本）。

不过，其夸张过激之处一般都遭到驳斥，并且实际的发展更是受到所谓利益法学派的理念强力影响，后者的论述被收集于 20 世纪法哲学系列第二册，名为 *The Jurisprudence of Interests*（1948）。方法的主要发展推手为 M. Rümelin、P. Heck 以及他们在蒂宾根（Tübingen）的伙伴，还有 R. Müller-Erzbach，他一直致力于为方法所需的“利益平衡”奠立社会的、具体的基础（参见 *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens*，1948；*Die Rechtswissenschaft im Umbau*，1950）。利益法学接近于 Roscoe Pound 的社会学法学，目标在于以某种实质理性的概念来取代形式理性的体系，而且已在德国的法律实务中站稳脚步（简短的回顾与评价，见 Böhmer，*op. cit.* p. 190，以及 W. Friedmann，*Legal Theory*，2nd ed. 1949，p. 225）。本文里以下几段，便是韦伯关于自由法学派的讨论。

⑰ 康德在其《实践理性批判》里规定了最基本的一条道德律令：“纯粹实践理性的基本法则：不论做什么，总应该作到使你的意志所遵守的准则永远同时能够成为一条普遍的立法原理”。此外，韦伯在 1910 年的第一次德国社会学者大会里，讨论康妥洛维兹以“法学与社会学”为题的报告时，也论及这个问题，参见 M. Weber，*Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*，S. 480。

得承认具体的价值判断，亦即不止是非形式的，而且是非理性的法发现。

确实，关于法律缺陷的不可避免性的议论，以及对于虚构法律体系的完备性的抗议，更因以下这种主张而得到进一步的助长，亦即：法发现根本原则上不是（或不应该是）一般规范之“适用”于具体的事实，就像语言的表达也不应是文法规则的“适用”一样；“法命题”毋宁是次发的，是从具体的判决经过抽象而获得的，而这种具体的判决——法律家的活动的产物——正是“现行”法律的真正体现。另一方面，规定实际行为的各种原则，可说是相当丰富，而以对簿公堂的方式来寻求判决的法律事件，在量方面就相对显得稀薄；再者，相对于未诉讼的日常生活里事实上“妥当的”各种规则，法律规则的价值被贬抑为“只不过是审判规范”的问题；准此，遂导出法学要以“社会学的”建构为基础的主张。

长期以来，法律是以下两者的活动所产生的结果，一者是越来越接受法律专家建言的法利害关系者，一者是越来越深受法学教育的法官；部分而言，情形至今仍然如此。换言之，所有的“习惯法”就是（过去是，现在还是）法曹法，此乃历史事实。此外，还有一个同样不容置疑的事实是：直到现在，审判实务，例如德国最高法院的审判实务，就在民法典生效之后，时而——有时是超越法律（praeter legem），有时是违反法律（contra legem）——树立起全新的法律原理。在这两个事实结合之下，常常导出这样的结论：判例高于客观规范的理性制定，以及具体的、目的理性的利益协调高于“规范”的创造与承认。

现代的法源理论既瓦解了历史主义所造作出来的那个半神秘的“习惯法”的概念，也瓦解了同样是历史主义的“立法者意旨”——可以通过研究法律成立的方式（靠着委员会的议事录和类似的数据）而发现——的概念。准此，法律家应该加以关怀的是“法律”而

不是"立法者"。不过,这样一种被抽离背景的"法律",接下来便交给法律家来加工与适用,他们的主流,一时是"学术界"(如同现代各法典的论证书里所常见的),一时是法实务家[18]。此时,一个法令经由立法而加以固定化的意义,在某些情况下,会被贬抑为光只是某个法命题的妥当、或被期望的妥当——直到法实务采取接不接受的立场之前,其是否具有现实的妥当力都还很成问题——的"象征"而已。尽管如此,撇开制定法而偏重与法生活(也就是法实务家的生活)保持连系的判例法,这样的作法如今又再度遭遇到下面这样一种主张的对峙:为了在必然经常是具体的各种价值评断当中,可以自由地斟酌考量,即使是判例也不应具有超越个别事件的拘束力。

另一方面,与所有这些价值非理性主义的结论相对抗的,是出现了重新建立客观价值基准的企图。法秩序本身只不过是"技术"而已的这种印象越是被强化,对于法律的这种贬抑自然越是强烈地为法律家所排拒。硬是把越过国境时要缴交一定的税金这样一种纯粹技术性的规定,拿来和关于婚姻、父权、所有权内容等相关的法命题,放在同一个层次上考虑,实在是让法实务家大起反感。于是

⑱ 英译者认为这句话里有三个不同的现象被带到一起,某种程度上暗示了某种联结点被省略了。在作法令诠释时,法官应当将文本"客观地"视为一个自足的整体,而且不该、甚或不被允许去探究立法机关的意图,这样的主张并不只出现在德国。长久以来这在英国已是个法令诠释的既定方法,而且有好长一段时间在美国也是一枝独秀的。在德国,其主要的代表人物是 A. Wach (*Handbuch des Zivilprozesses*, 1885) 与 K. Binding (*Handbuch des Strafrechts*, 1885)。这个理论对德国法庭是有些影响,不过到头来还是无法让他们免于全神贯注在国会听证和其他立法素材上。

认为法令应严谨地做解释,以便缺漏处有自由的司法创制可以发挥的空间,此一理念乃是自由法学派的主张之一(参见注 16)。某些问题应留待"法律科学与学说"来解决,这样的说词反复出现在德国民法典草案的附加报告上。每当起草者感到太多的细节会妨害到法典编纂的目的时,便用上它。不过,很难看出这与本文下面几句所说的自由法学派教条有什么关系。

遂有一种热切追求超实定法——超越那种被认为是可变的、很大程度上是“技术性的”实定法——的思想出现。

确实,古老的“自然法”,在历史主义和法实证主义的批判下,似乎业已丧失其信用。作为替代品出现的,一者是(天主教)教义学者所主张的、束缚于宗教的自然法,另一者是从法的“本质”来作演绎以获得客观价值基准的尝试。此种尝试分为两种途径。(1)以新康德主义为取向的、先验的方式来进行[19]:“正法”(Richtige Recht),作为“意欲自由者的社会”秩序,既是理性的法创造的立法基准,也是当法律指示法官参照表面上非形式的判准时的法发现的来源;只是,这样的构想无论是在哪一个方向上,基本上都只是个许诺而非真正可行。(2)以孔德为取向的、经验性的办法来进行,亦即:法利害关系者在关于他人的义务的平均看法上,通常会理直气壮地抱持着种种“期待”,若对此加以调查,即可验证此种期待乃优先于法律的终极的裁决规范,并且可以取代让人感到不明确的、“衡平”之类的概念。[20]

所有这些运动,正如我们的简短描述所显示的,得到了彼此极为对反的结论,不过对于这些运动详加探论甚或加以“批判”,并非我们此处的课题所在。所有这些潮流的存在,是国际性的现象,但最强烈地显露出来的是在德国与法国[21]。它们的一致之处,基本上

[19] 关于新康德主义,参见 Friedmann 前引书(注 16),p. 91;主要代表人物为史塔姆勒(R. Stammler, *Lehre von dem richtigen Recht*, 1902)。尖锐的批判则见 E. Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921。

[20] 此处所指的是利益法学派之承袭耶林的理念并加以演绎;参见注 16。

[21] 关于法国的法理论,参见近代法哲学系列第七册 *Modern French Legal Philosophy*, 1916;以及 20 世纪法哲学系列第四册 *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, 1950, p. 227。韦伯所提及的潮流里的主要代表人物,包括:François Gény(利益法学的法国版的奠定者)、Edouard Lambert(社会学法律家)、Léon Duguit 及 Raymond Saleilles 等。

只是在于拒斥传统以来、并直至最近都还具支配性的不当前提(petitio principii),亦即:法在概念上的"无缺漏性"。除此之外,这些潮流各与极为不同的对手开战,例如在法国是与民法典注释学派(Schule der Codeinterpreten)为敌,在德国则是针对学说汇纂法学派的方法论。结果,依运动的担纲者的不同特质,可能是有利于提高"学术"、也就是理论家的威望,也可能是提升法实务家的威望。由于定式化的制定法、尤其是体系性的法典编纂不断增多,学院的法律家深感本身的意义以及学术思考的自由活动空间倍受威胁,在德国,反逻辑和反历史的运动之急速高升,据此便很容易理解;人们担心的是,自己的法学也会遭受到如同民法典成立后的法国法学,与普通邦法后的普鲁士法学那样的命运[22]。就此而言,这些运动毋宁是主智主义内部的历史关怀情境下的产物。

不过,另一方面,意图从普通法学里所展开的、纯粹逻辑的法律体系当中,背离出来的运动的所有变种,包含非理性的变种,而且尤其是那些非理性的变种,恰是法思考的学术的理性化和无前提的自我省察之弄巧成拙的结果。因为既然这种背离本身并不具理性主义的性格,所以其为逃避到非理性里的形式,正是法**技术**愈来愈理性化的结果——与宗教的非理性化相对应的一种现象[23]。不过,此

---

[22] 参见第六章注67。

[23] 韦伯在其宗教社会学的论述里,有一段论及知识分子如何解脱其内心困境的历程,与此处言及的"背离"、"自我省察"等极相呼应:"知识分子之渴望救赎永远是源自于'内心的困顿',因此,较之于非特权阶层所特有的、由于外在之穷困而期盼的救赎而言,就显得离生活更遥远,更为理论化与体系化。知识分子以各种方式探索,其决疑论推演至无穷尽,赋予其生活态度首尾一贯的'意义',由此而发现与其自身、同胞及宇宙的'统一'。知识分子从一种'意义'的问题上来理解'世界'。自从知识主义抑止巫术信仰后,世界的各种现象被'除魅'了,丧失其巫术性的意义,而成为简单的'存在'与'发生',其间再无任何其他'意义'可言。结果是出现一种渐增的要求:世界以及整个

一现象尤其(而且不容忽视的)是越来越集结成利益团体的近代法实务家,努力透过权势意识的提高来扬升本身的身份品位感所造成的结果。这就是为什么,例如在德国,不受理性的法律所束缚的英国法律家的"高贵"地位会屡屡被提及的道理所在。

三　现代的盎格鲁·撒克逊法

欧陆法与盎格鲁·撒克逊法之间出现这种差别的原因,主要当然是在于两者间在一般的支配结构及由此结构所造成的社会名誉的分配方式上有所不同的相关情形所致。

关于这点,部分我们已有所讨论[24],部分则留待其他相关问题时再作探讨[25]。总之,只要经济性的决定因素也发挥协同作用的情况下,此种经济因素便会借着法律家阶层的境遇与生活条件而强烈地从内在层面发挥决定作用,再加上政治发展的差异所提供的理由,都造成此种结果。不过,尽管因历史情境之不同而造成此种结果,然而摆在我们面前的事实却是——这也是我们此处的重点所在:近代资本主义无论在英国或在欧陆都同样地繁荣兴盛,经济方面也显示出本质上相同的特征,而且是在,从法的观点看来,拥有极为异质

(接上页)生活态度必须服属于一个既重要且又有意义的秩序之下。存在于这种'意义'之要求与世界及其机制之经验现实间的冲突,以及存在于此种'意义'之要求与个人生活态度在此世界之有各种可能性间的冲突,导致了知识分子特殊的遁世行为。……这种遁世可以是强烈倾向冥思型或行动型的禁欲;也可能是基本上在寻求个人之救赎,或追求集体之伦理的、革命的现世之改变。所有这些事实都同样适用于脱离政治之后的知识主义,也可能(有时也的确)形成宗教性的救赎论。知识性宗教特有之逃避现世的性格亦可在此找到其根源。"(《宗教社会学》,页 164)

㉔ 参见第四章第一节第 3 段以下,以及第五章第一节倒数第 3 段起。

㉕ 参见《支配社会学(Ⅰ)》,页 103 及以下,页 143 及以下。

的规范与法制度的法律秩序之下发展出来——即使如“所有权”这样一个极为根本的概念，其在欧陆的法制度里的形态，在盎格鲁·撒克逊法里至今仍付之阙如[26]；不只如此，那种繁荣兴盛与经济特质本质的雷同，同样也是在即使是就其终极的形式结构原则而言都显示出所能想象的最大不同的法秩序之下发展出来的。

即使在对于学术训练的要求越来越严格、因而造成重大影响的情况下，(1)英国的法思考至今在极大程度上仍是一种“经验性的”技艺。“判例”依然完全保有其旧有的重要性，只不过，援引太古老的、譬如百年以上的判例，会被认为是“不当的”（unfair）。同时，(2)法发现的真正“卡理斯玛”性格显然仍维持不坠，特别是（虽然不光是）在新建立的国家里，尤其是美国。判例在实务上的份量有着天差地别的不同，如各处所见的，绝不只依做出判例的法院之审级地位的高低而定，同时也依个别法官纯个人的权威而定。这在整个盎格鲁撒克逊法的领域里莫不如此，即使是在法手段的重要新创制——例如曼斯菲特爵士（Lord Mansfield）的创制[27]——的场合上也不例外。但是，在美国的观点看来，判决本来就是法官个人的创造，而与欧陆官僚制的官方用语“国王的区域法庭”这种非人格的称呼相对反的，人们惯常指称其名。英国的法官也要求这样的地位。与此相关联的，(3)和欧陆的法律比起来，不只 法的合理性程度显着拙劣，法的合理

---

[26] 英译者认为韦伯在此显然是不熟悉新近的英国普通法之使用所有权的概念。在英国古典的不动产法形式里，的确，某人被授权使用和占有某块土地的不同方式，是以各种不同的土地保有权、财产权和其他权利来界定的，而这些权利也业已获得王室法庭和衡平法法庭的承认。并且，这里也的确没有像罗马的所有权（dominium）那样一个词汇，可以全面涵盖一块土地上所可能存在的所有权利、特权、势力和豁免权等。不过，在近代的用法里，所有权（title, fee, fee title）的词汇已确实在此意义下普遍使用，尤其是在美国。

[27] 详见第三章注31。

性形态亦是另一回事。直到最近,甚至直到奥斯汀(John Austin)为止[28],称得上“学术”的英国法学,以欧陆概念为基准来判断的话,几乎是付之阙如。光就这一点,边沁所要求的那种法典编纂便没有可能。然而,这个特色正是产生出英国法的“实际的”适应能力——从利害关系者的立场看来“实用的”性格——的主要原因。

“素人”的法思考,一方面,是拘泥于语言的。当他相信自己是在“法律地”做言辞辩论时,尤其容易沦为诡辩的讼棍。除此之外,他还有一种从一个个案推论到另一个案的自然倾向:“专家”的法学抽象毋宁是与他没什么缘份的。然而,在这两方面,经验性法学的技艺对他而言较具亲近感。他或许并不喜欢这种技艺——世界上没有任何一个国家像英国那样对律师的法经营有如此尖酸刻薄的抱怨与讽刺——而且可能也无法理解预防法学者所建构的各种形式:同样的,这又以英国最为突出。虽然如此,素人倒是能够理解经验法学技艺的根本特质;他能够“事后体认”此种技艺,也能够像英国的任何一个实业家那样,干脆长久雇用且支付一个法律上的告解神父来处理一切生活关系上的事务,从而与此种法学技艺相安无事。因此,他对于法根本没有什么可能会被法逻辑的结构所挫败的要求与期待。

同样,这对法形式主义也提供了安全瓣。确实,在私法的领域

[28] John Austin, 1790—1859,英国分析法学派(或称分析实证主义法学派)首创者、法理学家,曾师从德国历史法学派宗师萨维尼学习罗马法。1826 年伦敦大学成立,奥斯汀被聘为该校第一任法理学教授,不久被迫辞职,原因一来是他所创的学理太过艰深,二来是英国法学生的实用取向,抽象的法理学是当时的职业律师或法官所不需要的。不过,他的分析法学却受到同时代的德国学术界所推崇,后来也得到英国的著名法学家梅因(Henry Sumner Maine, 1822—1888)极力推荐。主要著作有《法理学大纲》(1832,又译《法理学范围》)、《法理学讲义》(1863)。

里，包括习惯法与衡平法也都由于判例拘束主义的结果[29]，而在其实际的处理上相当程度地示现为“形式主义的”。其实在律师的经营受到传统约束的这件事上业已体现了此种倾向。然而，民事陪审制度已为合理性定下界限，此一界限不止被承认是不可避免的，而且更因判例对法官的拘束性而受到正面的评价；之所以如此，是由于忧虑判例有可能在人们希望为具体的价值考量保留空间的领域里，产生出具有形式拘束力的规则（“恶法”，bad law）来。判例的拘束性与具体的价值考量，这两个领域的这种区别实际上是以何种方式来运作的，此处不便详述。总之，这意味着司法裁判的合理性的削弱。

除此之外，我们还可发现英国的治安长官在个别审理一切日常细微事件里的那种相当概略的、至今仍强烈家父长式的、而且极为非理性的处理方式。从门德尔松（Mendelssohn）的叙述里我们很容易就可以理解，[30]此种处理方式是以一种我国所不知的办法来保持“卡地”裁判的性格。

总而言之，我们所要呈现的是这样一种审判图像：无论是在实体法或诉讼程序的最根本的形式性质上——只要还可能作为一种自神权政治和家产制权力中解放出来的、世俗的裁判营运的话——都与欧陆法的结构大为不同。因为，就重点而言，英国的法发现无论如何都不是像欧陆的那样一种“法命题”的“适用”：在欧陆，“法命题”是借着制定法的各种规定的内容而来的逻辑之助而被加以纯化的。

---

[29] 详见第三章第二节结尾。

[30] Albrecht Mendelssohn-Bartholdy（1874—1936），作曲家门德尔松之孙，德国的国际法学者。1933 年赴英，任牛津 Balliol College 教授。此处所引用的是其著作：*Das Imperium des Richters*，1908。

此种乖隔，也在经济上和社会上产生相当明显的结果，只不过全都是些与个别问题相关的事情，而不是会影响到经济整体结构的紧要现象。对资本主义的发展而言，其中的两个方面是相关的，并且发挥了促进的作用。其一，法的形成主要是掌握在律师的手中，而法官就从他们当中来递补；换言之，法的形成是掌握在一个阶层手中，这个阶层不止积极地为富裕的、特别是资本主义的私人利害关系者效劳，并且在物质上直接靠他们过活。进一步，其二，与此相关联的，审判被集中在伦敦的中央法庭，而且诉讼的费用极高，事实上，这毋宁近乎意味着对无产者的裁判拒绝。不过，本质上相同的资本主义发展无论如何也消解不了，法的特质上的这种异常强烈的对立。况且，这里也根本没有将法与裁判的结构，就着资本主义的要求，而扭转到欧陆型的方向上的明显倾向。相反的，这两种裁判与法形成的类型在有机会相互竞争之处，例如加拿大，盎格鲁撒克逊型显然占优势，而我们所习惯的那一型则被迅速驱逐。因此，在资本主义本身当中，根本就不存在决定性的动因，足以促进法的合理化——自中世纪的罗马法大学教育以来即为欧陆之特征的那种形态的合理化。

四　素人裁判与近代法律家阶层的身份倾向

反之，现代的社会发展，除了先前提及的政治要因，以及最后讨论到的法律家身份—法学的内在要因之外，同时也产生出其他一些削弱形式的法律理性主义的一般性要因。今日，在刑事审判上，非理性的“卡地裁判”大幅地借着陪审团的“民众的”审判而被演练着。这种民众的陪审裁判，一方面回应了未受过专门法学训练的素人的

感受——在具体事件上他们面对法形式主义必然倍感困扰，另一方面则响应了要求实质正义的非特权阶级的本能。

虽然如此，陪审裁判基于这种相对而言人民审判性格而来的特质，遭受到来自两方面的攻击。首先，陪审团成员为利害关系所束缚的程度，遭到强烈的指责，这是由于专家具备切事性的内在气质所致。一如古罗马时代，陪审名单即为阶级斗争的对象那样，现今陪审人员的选择也被非难为助长阶级审判。因为在劳动者看来，陪审人主要是从“有余暇的”名望家阶层当中选取出来，尽管他们再怎么说也多半是平民，而且这种选择方式多半是（在某种情况下也是）难以避免的，而政治因素的强力运作当然也在所难免。不过，当劳动者加入陪审行列时，反过来，有产阶级的非难即蜂涌而至。另外，利害关系者并不止于这种“阶级”。在德国，男性陪审员几乎不可能去宣告他的同性犯下强奸罪行；至少，当受害的少女在他们看来是“不正经”的时候，更是如此。当然，我们也必须考虑到，在德国妇女的贞操并不怎么被尊重的情况。

另一方面，对于素人裁判，法学专门教育楬橥以下的主张来加以驳斥：素人的裁断，就形式上、法学上看来，往往是极为站不住脚的，既未提交理由，又没有加以实质批判的可能性，简直就像一种非理性的神谕。所以，在审判时，这些素人应该被置于专家的监督之下，建立起混合的合议体，如此一来，根据一切经验显示，素人的影响力通常就比不上专家的影响力，因此陪审员的出席实际上多半只不过意味着，对法律专家的考量的一种强制公开而已，就像瑞士便以公开法庭的评议来实现此种强制。在专家审判这方面，法律家回过头来又在刑事裁判的领域上，被专业的精神病医学者所盖过，对特别重大的犯罪行为的判定责任，愈来愈转嫁到专业的精神病医学者身上，以此，理性主义编派给他们一个即使用真正的自然科学手段也根本无法解决的任务。

所有这些冲突显然只是极为间接地由技术与经济的发展所引起，何况技术与经济的发展还对主智主义起着促进的作用。根本上，这些冲突多半是司法审判的形式原则与实质原则之间无法调停的对立所产生的结果，而这两者即使是在同一个阶级里也同样会冲突的。此外，无法确定的是，现今[31]那些劣势特权阶级，特别是劳动阶级，是否期待从非形式的司法审判上，取得法律家的意识形态所想定的、对他们有利的结果。（在德国）法官阶层是官僚体制化的，其领导阶层愈来愈有计划地从检察体系里递补上来，并且，他们的晋升也全然仰赖于政治支配权力。这样一个法官阶层，是无从与瑞士或英国的法官、更不用说是美国的（联邦）法官相提并论的。如果拿走这些法官们对纯粹切事的法理性主义的信仰，转而要求他们来做"价值考量"的话，其结果无疑会与上述那些法律地区大相径庭。不过，这不是我们此处所要讨论的问题；这里就剩下一些历史谬误必须加以改正。

对于现行法真正**有意识地**采取"创造的"态度者，唯有先知；唯有他们真正有意识地创造出新的法来。至于其余，正如我们一再强调的，即使是那些从**客观的**观点看来，最具"创造性的"法实务家，一直以来（而不是近代才如此）都**主观地**认为自己不过是既已存在的（尽管可能只是潜在的）规范的代言人，而且是这些规范的诠释者与适用者，而非"创造者"。的确，即使公认最杰出的法律家也抱持着这种主观的信念。然而，由于主智主义的觉醒，此种信念遭遇客观上另一种事实的对抗（亦即客观上是由法律家来创造新的法），人们试图从此一事实出发，为法律家的主观行动制作出规范。随着官僚体制化与法律制定的进展，英国法官自古以来的地位似乎也遭受到持续且深沉的动摇。不过，在法典化的各国里，被人们戴上"创造

[31] 第一次大战前。

者”桂冠的官僚制的法官,是否就此即变身成一个法先知,倒还在未定之天。无论如何,如果以社会学的、经济的、伦理的议论来取代法律概念,在判决理由上表现出来的法律作业的精确度将会严重受损。要言之,此一运动无非是对“专家阶层”与理性主义之支配的一种极具特色的反动,而说到最后,理性主义毕竟是此一运动之父。

总之,法的形式性质的发展,因此而显示出独特的各种对立特征。在营业上的交易安定性有所要求于法的情况下,法律是严格形式主义、且依附于可以感知的要件上的;当法律取决于对当事者的意图做合逻辑的意义诠释、或“伦理的最小限度”意味下的“善良的交易习惯”时,为了营业交易上的诚实,法律是非形式的。

不只如此,某些势力认为法必须越过此一领域、并且法实务不只是利益纷争的和平解决手段而已,透过这些势力,法被驱赶到反形式的轨道上。这些势力包括:(1)社会的阶级利益与意识形态对实质正义的要求;(2)内在于某些政治的、特别是独裁的与民主的支配形态里,至今仍然有力的倾向,以及,适合这些支配形态的法律目的的相关观念里,内在有力的倾向;(3)“素人”想要一种可以为他们所理解的审判的要求;最后,在某些情况下,我们可以发现,(4)法律家阶层本身基于意识形态的理由对于权势的要求。

虽然如此,不管法与法实务在这些势力的影响下会发展成什么样的形态,作为技术与经济发展的结果,下述的情形无论在什么情况下都将是法所不可避免的命运:一方面,尽管有素人法官制度的种种尝试,随着法的技术内容的逐渐增加,素人对法的**无知**、亦即法的专门性,也无可避免的会随之升高。另一方面,现行有效的法律也越来越会被评价为合理的、因此随时都可以合目的理性地加以变更的、在内容上不具任何神圣性的、技术性的机制。此种命运或许会因为对既存法律的顺应——基于各种五花八门的理由而逐渐升高的顺应——而被遮掩,但从来就没能真正被避免。我们曾经简单

论及一些在学术上通常拥有极高评价的法社会学与法哲学的现代学说,无论它们关于法的本质与法官的地位所代表的是何种内容的理论,所有这些学说都只是用来加强这样的印象。

译名对照表

Aachen	亚琛
abalienatio mentis	精神错乱
Abbāsid	阿拔斯王朝
Ablösungsgesetzen	土地负担清偿法
abnormes Recht	变异法
Abū Bakr	艾卜·巴可
Abu Da'ud	艾卜·达伍迪
Abū Hanīfah	艾卜·哈尼法
Achaemenid Empire	阿卡曼尼帝国
actio	诉权
actio bonae fidei	诚信诉讼
actio conducti	借主诉权
actio de peculio	特有财产诉权
actio exercitoria	船长诉讼

actio in ius concepta	法律诉权
actio in personam	对人诉权
actio in rem	对物诉权
actio institoria	经理人诉讼
actio locati	贷主诉权
actio stricti iuris	严法诉讼
actiones in factum	事实诉权
actiones perpetuae	永久诉权
actiones temporales	一时诉权
ad hominem	对人不对事
advocates	法庭律师
Advokaten	律师
aedilis	按察官(罗马)
ager compascuus	共同牧地
ager optimo iure privatus	据有最优先权利的私有地
ager publicus	国有地
ager vectigalis	永佃地,土地赁租
agere cum populo	民会发起权
agrarische Verbände	农业团体
Ahanta	阿含塔人
Ahl al-Schî' ah	什叶派
Ahl al-Sunnah	逊尼派
Aisymnetai	仲裁者(希腊)
Akademie von Pumbeditha	庞贝迪塔"学院"
Al-Azhar	阿尔·阿札尔
al-Bukhari	布哈里
Alfonso X	亚尔芳索十世
Allgemeinen Landrecht	《普通邦法》

Allgemeines Deutsches Handels - gesetzbuch	一般商法典
Allmend	共享地
al-Mu-watt	《既有之道》
Al-Saffāh	萨发夫
ambitus	选举的不正行为
Ammon	阿蒙神
Amoräer	亚摩拉
Amtsrecht	政务官法,官法
Analogie	类推
Anerbenrecht	单子继承法
an - Nasai	纳萨仪
Anschwörung	宣誓
Anspruch	请求权
Anspruchsnomierungen	请求权规范
Anstalt	机构
Antonin von Florenz	佛罗伦萨的安东尼
Anwaltszwang	律师强制
Anweisung	指定
Aphialtes	埃菲阿提斯
Aramäische	亚拉姆语
Arbeitsgerichtsgesetz	劳工法庭法
arbitria	裁定
Archon	执政官(雅典)
Areiopag	长老会议(雅典)
Arnold	阿诺德
Artjel	伙伴,结社(俄国)
Ascher	阿舍

Ashantis	阿善提人
ash - Shāfi'ī	沙斐仪
Asoka	阿育王
assignatio	土地分配(罗马)
Assizen von Jerusalem	耶路撒冷法典
at - Timidhi	提尔米迪
attorneys	一般律师
Auflage	负担
Augurenkollegium	神官团
Ausbeutung der Notlage	趁人之危
Austin, John	奥斯汀
autokephal	自治的
Autonomie	自律性

Bacon, Francis	弗朗西斯・培根
bahishkara	破门律
Bajaderen	舞妓(印度)
Bann	禁制权
Bannbuβe	违禁金
Bannforst	禁猎林
Baralong	巴拉隆人
Bardi	巴迪
barriste	法庭律师
Bastiat, Claude Frédéric	巴斯提阿
Basuto	巴索托人
Bayern	巴伐利亚
Beaumanoir	鲍曼诺瓦
bedingtes Beweisurteil	有条件的证据判决

Benedictus Levita	《本笃敕令集》
Bentham, Jeremy	边沁
Berechtigung	权能
Beruf	职业
Berytus	贝鲁特
Besitzschutz	占有的保护
Besitzwechselkontrakt	占有交换契约
Betrieb	经营
bewegliche Sache	动产
Beweislast	举证责任
Beweisrecht	证据法,举证权
bida	毕达
Billigkeitsgefühl	公道感
Binding, Karl	宾丁
Blackstone	布莱克史东
Blutrache	血仇
bodies non corporate	不具人格的组织
bona fides	善意
bonae fidei – Kontrakte	诚信契约
Bracton, Henry de	布莱克顿
Brehons	布雷宏,法官(古爱尔兰)
Brüderlichkeit	兄弟关系
Buchreligion	圣典宗教
bukannu	棒
Bülow, Oskar	比娄
Bundesgenossen	同盟市市民
bürgerliche Recht	民法
Bürgerzunft	市民行会

Bußgewalt	刑罚权力
Bußordnungen	赎罪规定
Cambacérès, J. de	康巴塞雷斯
Capitula legibus addenda	部族法典附加敕令
Caracalla	卡拉卡拉
Carter, James C.	卡特
Castile	卡斯提尔
causae turpes	污名事项
causidici	辩护人
caveat emptor	顾客自当心
censor	户口总监
Chancery Court	王室法庭,大法官法庭
Chara	卡拉(突尼斯宗教法庭)
Chazarenreich	卡札尔王国
civitates privatorum loco habentur	城市应被视为私人
Claudius	克劳地乌斯
coactus voluit	强制尽管强制,意志毕竟是意志
Code Civil des Français	《法国人的民法典》
Code Napoléon	《拿破仑法典》
Codex Justinianus	《御法集》
coemptio	买卖婚
coge intrare	强制加入
cognitio extra ordinem	非常程序
Coke, Edward	寇克
collegia	志愿性社团(希腊)
collegia cultorum	祭祀团体
collegium mercatorum	商人团体

colonia	殖民市
commenda	康曼达
Common Law	普通法(英国)
commune	共有
condemnatio	判决权限之付与
confarreatio	共食婚
consideration	约因,对价
consilium	顾问会
Constitutio Antoniniana	安东尼努斯敕法
Constitutio de regalibus	关于国王特权的法律
Constitutum Constantini	《君士坦丁大帝赠予证书》
consuetudo	习惯法
consules	执政官
contra legem	违反法律
contractus bonae fidei	诚信契约
contractus stricti iuris	严法契约
corporation aggregate	多数法人
corporation sole	单独法人
corpus collegii habere	具有社团的身体
Corpus Juris Civilis	《查士丁尼法典》
Coutumes	习惯法
crimen laesae maiestatis	不敬罪
curia regis	王室会议
Dahomey	达荷美
Dahomeyneger	达荷美黑人
Darlehensschuld	消费借贷债务
das Recht der Handwerker	匠人法

David ben Zakkai	大卫(俘囚王)
Decretum Gratiani	《葛拉提安尼教会法令集》
decuriones	市议员
Delikt	犯罪
Deliktsobligationen	违法行为债务
Demagogue	群众煽动家
Demelius	戴米里乌斯
demonstratio	请求原因的表示
Demosthenes	狄摩西尼
dengatio actionis	诉讼拒绝
der stumme Tausch	沉默交换
Dharma – Bücher	法书(印度)
Dharmashâstra	法论(印度)
Dharmasûtra	法经(印度)
Diaspora	离散
Dienstehe	劳役婚
Dienstland	家人领地,徭役租地
Dienstlehen	家人采邑
Dienstmann	家人
Dienstrecht	家人法,服务法规,服务法
Digesta, pandectae	《学说汇纂》,《学说类集》《学说集成》,《论法汇编》
dignitas	法资格
dii certi	确定之神
Dinggemeinde	司法集会
Dinggenossenschaft	司法集会人团体
directeurs de l'âme	灵魂指导者
dispositives Recht	任意性规范

Disziplinargewalt	惩戒权力
Domat	多玛
dominium	所有权
droit commun coutumier	普通习惯法
Druiden	德鲁伊(高卢)
due prosess clause	正当的法律程序条款
école exégétique	注释学派
edictum	告示
edictum perpetuum	永久成规
Ehrlich	埃尔利希
Eideshilfe	宣誓补助
Eigenhörige	人身奴隶
Eigenkirche	私有教会
Einleger	宿泊者
Einungen	誓约共同体
Einverständnis	共识
Einverständnisgemeinschaft	共识共同体
Einverständnishandeln	共识行为
ekklesia	民会(雅典)
Ekstase	忘我状态
Ellesmere	艾勒斯密尔
Endogamie	内婚制
Entscheidungsnormen	裁决规范
equites	骑士
Equity	衡平法
Erbengemeinschaft	继承人共同体
Erbvertrag	继承契约

Ermächtigungsrechtssätzen	授权法命题
Ermächtigungssätze	授权命题
ex cathedra	来自圣座的
exceptio spolii	侵夺的抗辩权
Exogamie	外婚制
falsum	作伪罪
fas	神圣命令(罗马)
Fatima	法蒂玛
Fautes valent exploits	一着失,满盘输
fee simple	单纯的封土权
festuka	棍棒
Fetwâ	判断(回教传法者)
fideicommissum	信托遗赠
Fideikommiβ	家族世袭财产
fides	诚信
fiducia	信托
Field, David Dudley	菲尔德
fiqh	菲格海(回教)
Fiscus Caesaris	国库
Flurgemeinschaft	耕地共同体
foenus nauticum	海上赁贷
Formalvertrag	正式契约
Formeln, formulae	法律范例集
formula	程序书
Formularverfahren	程序书诉讼程序
forum	市场(罗马)
fredus	和平金

freie Beweiswürdigung	自由心证主义
Freiheitsrecht	自由权
Freirecht	自由法
freirechtliche Doktrin	自由法论
Fremdverkehr	外邦交易
Frevel	犯罪
Friedloslegung	放逐
Friedrich, Wilhelm I.	腓特烈・威廉一世
friendly society	共济团体
Friesland	弗里斯兰
Fuchs, E.	富赫斯
fundus	伙伴,成员
Fürsprecher	辩护人
Gâ'ôn	盖翁(学院的宗长)
Gaius	盖尤斯
Gaius Ateius Capito	卡匹都
Ganerbschaft	共同继承人团体
Gefolgschaft	扈从
Geldkontrakt	货币契约
Gelegenheitsvergesellschaftung	临时性结合体
Gemârâ	噶玛拉(犹太教法典)
Gemeinderecht	地方团体法
Gemeinderschaft	公社,共同体
gemeine Prozesses	普通法时代的诉讼
gemeines Recht	普通法
gemeinrechtliche Jurisprudenz	普通法学
genommenes Pfand	扣押担保,执行担保

Genosse	成员,伙伴
Genossenrecht	伙伴权
Genossenschaft	伙伴团体
Gerichtsbann	司法禁制权
Gerichtsgemeinde	裁判共同体
Gerichtsmerker	法庭书记
Gerichtsredner	法庭辩士
Gerontokratie	长老制
Gerwurf	投枪
Gesamthand	联保制
Geschworenenverfahren	审判人程序
Gesellschaftshandeln	结合体行动
Gesetz	制定法
Gesetzentwurf	法律案件
Gesetzessprecher	宣法者,法律宣示者
Gesinnung	意图,心态,心志
Gesinnungsreligiosität	信念宗教伦理
Gewährschaftspflicht	担保责任
Gewaltbegrenzung	权力限制
Gewaltenteilung	权力划分,权力分割
Gewere	地权
gewillkürtes	自发性的
gewohnheitsmäßige	惯习性的
Gewohnheitsrecht	习惯法
Gierke, Otto von	基尔克
Glanville	格兰威尔
Gmelin, J. G.	格默林
Goetz, Leopold Karl	葛兹

Goldschmidt	戈尔德史密特
Goβler, Christoph	戈斯勒
Gracchus	古拉格
gradus discretus	贤明阶段
gradus pius	虔敬阶段
gradus rigidus	严正阶段
Graf	葛拉福,王室高级官员
Groβwesir	大宰相
Grundherr	庄园领主
Guinea	几内亚
hadîths	哈迪斯,传承
Hadrianus	哈德良(罗马皇帝)
haggâdah	哈加达
halâchâ	哈拉哈
Hammurabi	汉摩拉比
hanafitische Schule (Hanafitentum)	哈乃斐学派
hanbalitishce Schule	罕百里学派
Hand muβ Hand wahren	手须护手
Handelsgeschäft	商业行为
Hatschek	哈薛克
Hausgericht	家法庭
Hausherrschaft	家内支配
Heliaia	人民法庭(希腊)
Hetären	娼妓(希腊)
heterokephal	他治的
heteronom	他律的
Heusler	侯伊斯勒

Hidschra	回教纪元,圣迁
Hillel	希雷尔
Hofrecht	庄园法
Hohenstaufen	霍亨斯陶芬
homonovus	暴发户
Hopliten	重装步兵
Hufe	田宅权
Husain	胡升
Hypergamie	上嫁婚

Ibn hanba	罕百里
Ibn Maja' Qazwini	伊本·马哲
idschmâ	伊吉玛
idschmâ – al – ' ammah	万人的默然同意,公议
idschtihâd	伊吉提哈德(回教)
ignominiosi	无耻者
Imâm	伊玛目
Imperium	公权力,禁制权,官职权力
improbus	不名誉
improbus intestabilisque	失权状态
in iure	法律审理
in judicio	事实审理
in jure cessio	法庭让与
indigitamenta	神册(罗马)
infamia	丧廉耻
Inhaberpapier	无记名证券
injunctions	禁止令
innerer Habitus	心态

Inns of Court	四法学院
Inquisitions - Proze	审讯诉讼
Inquisitionsprozedur	审讯诉讼程序
institutes	《法学提要》,《法学入门》,《法学阶梯》
institutiones	《法学阶梯》,《法学入门》,《法学纲要》
intentio	诉求,请求表示
interdictum	特示命令
interne Strafe	内部刑罚
Irokesen	易洛魁人
isnad	依斯纳德
iudex	审判人
iuris vinculum	法锁
ius actionum	诉讼法
ius civile	市民法
ius cogens	强制性规范
ius dispositivum	任意性规范
ius gentium	万民法
ius honorarium	政务官法
ius personarum	人法
ius pontificium	神官法
ius praetorium	法务官法
ius rerum	物法
ius sacrum	神圣法
iussus	命令
James I	詹姆斯一世

Jehuda	耶胡达
Josef Karo	约瑟夫·卡罗
Jung, Erich	艾瑞希·容格
Jurisdiktionsgewalt	裁治权
Juristenrecht	法曹法
juristische Person	法人
justice of the peace	治安长官
justum pretium	正当价格
Kadijustiz	卡地裁判
Kallah – Monat	卡拉之月
kanonische Recht	教会法
Kanonist	教会法学者
Kantorowicz, H.	康妥洛维兹
Kasuistik	决疑论
Kauf bricht nicht Miete	买卖并不破除租借
Kauf Miete und Pacht bricht	买卖破除借贷与租赁
Kaufmannsbetrieb	商人经营
Kautelarjurisprudenz	预防法学
Kautelarjurist	预防法学者
Kein Kläger, Kein Richter	无原告即无法官
Kingston	京斯顿
Kirchmann, v.	基希曼
Klage ex delicto	对违法行为的诉讼
Klageschemata	诉权范型
Klagesubstantiierung	诉状的事实记载
kleros	克里娄,成员的持分
Klientel, client	客

Klientelrecht	宾客法,恩护关系法
Knies, Karl	克尼斯
knyaz	君侯(俄国)
Kodifikation	法典编纂
Kognition	非常程序
Kohler	寇勒
Kompetenz	权限
königliches Kammergericht	王室法庭
Konstruktionsjurisprudenz, conceptual jurisprudence	概念法学
Kontraktgesellschaft	契约社会
Kontraktsklage	契约诉讼
Kontraktsobligationen	契约债务
konventionelle	习律性的
Körperschaft	合议机构
Korporation	法人团体
Korporationsbegriff	法人概念
Korporationsrecht	法人法
Korrealsponsionen	连带要式口约
Kreisgericht	第一审法院
Kreisrichterparlament	巡回法官议会
Kriegsfürst	战侯
Kroatia	克罗埃西亚
Krongut	皇位财产
Laband, Paul	拉邦德
Ladung sub poena	罚则传唤
Lambert	兰伯特

Landesgemeinde	人民集会
Landesvater	君父（家父长）型
Landrecht	一般法（地方）
Lassalle	拉撒勒
Lebensfremdheit	背离生活
Lebensführung	生活态度
leges barbarorum	蛮人法典，日耳曼人部族法典
leges datae	行政法
Leges Romanae	罗马人部族法典
legis actio	法律诉讼
Legisten	俗世法学者
Legitimationspapiere	免责证券
Lehensnexus	采邑制的结合
Lehensrecht	采邑法
Lehnerbfolge	采邑继承制
Lehramt	教导职
Leibherr	人身领主
Leihezwang	强制授封
Leiturgie	赋役制
Leviratsehe	叔嫂婚
lex	法
lex Acilia repetundarum	阿奇里乌斯法
lex Aebutia	伊布提阿法
lex Calpurnia	卡普尼乌斯法
lex citationum（Zitiergesetze）	引用法
lex Iulia iudiciorum privatorum	关于民事诉讼的朱利乌斯法
lex naturae	自然法
lex Poetelia Papiria	皮提里阿法

lex rogata	议决法
Lex Salica	萨利法典
lex Sempronia	森普罗尼乌斯法
lex terrae	属地法,领邦法,全国法
Literalkontrakt	文书契约
living wage	生活薪资
locatio conductio operarum	雇佣
locatio conductio operis	承包
locatio conductio rei	借贷
locutio ex cathedra	教皇座宣言
Logik der Dinge	事情的逻辑
logische Sinndeudeutung	逻辑性的意义解明
lögsaga	宣告(宣法者)
Lombard	伦巴底人
Lückenlosigkeit	绵密无缺
Lynchjustiz	私刑审判
Mâlik ibn Anas	马立克·宾·阿纳斯
mâlikitische Schule (Mâlikitentum)	马立克学派
mâr	玛尔
Mächtigere	有力者
madhhab	玛德哈普
magistrate	政务官(罗马)
mahdi	马赫迪,救世主
Maimonides	麦蒙尼德斯
Maine, Henry Sumner	梅因
maior potestas	上级的权力
Maitland	梅特兰

malo ordine tenes	汝非法占有
mancipatio	要式买卖
Männerhaus	男子集会所
Mansfield	曼斯菲特
Manu – smrti	《摩奴法论》
Marcus Antistius Labeo	拉倍欧
Marcus Livius Drusus	杜鲁苏斯(罗马护民官)
Markgenossenschaft	马克体
materielles Recht	实体法
materielle Wahrheitsermittlung	实质的真相探究
matn	玛顿
Mendelssohn	门德尔松
Mercury	墨丘利(罗马神祇)
Metöken	滞留外人(希腊)
Meyer, E.	迈尔
Militärfrevel	军事犯罪
Ministeriale	家士
minor potestas	下级权力
Mischna	密许那(犹太教法典)
missi dominici	国王巡察使
Mitteis	米泰斯
Modestinus	莫德斯悌努斯
Mommsen	莫姆森
Monrad	蒙拉德
Mu'āwiya I	穆阿威雅一世
Muata Cazembe	穆塔卡桑布
Mudschtahidîn	穆智台希德
Muftî	传法者(回教)

municipium	自治市
Munzinger	穆钦格
muqallidîn	穆卡利德
musannf	穆珊纳夫(回教)
Muslim ibun'l – Hajjaj	穆斯林
musnad	穆斯纳得(回教)
Mutawakkil	穆塔瓦基尔
Natur der Sache	事物之自然
Naturgesetze	自然法则
natürliches Recht	自然的法
Naturrecht des historisch Gewordenen	历史自然生成的自然法
nebî'îm	先知(以色列)
nexum	要式现金借贷
nobiles	贵族
Notare	公证人
Novellae	《新律》,《新敕》,《御法新编》
noxae datio	加害者委付
numina	努米那神
Obertribunal	最高法院
Obligationen	债务
Obligationenanspruch	债务请求权
Obligationenschutz	债权的保护
Offizialmaxime	职权主义
Oghanga	巫师
Orderpapier	指定证券

Orgen	机关
original writ	诉讼开始令状
pactus	协约
pactus pro tenore pacis	关于维持和平的法律
Pais, Ettore	派斯
Palaver	会议,帕拉瓦
Pandektenrecht	学说汇纂法
Pandektenwissenschaft	学说汇纂法学
Panza, Sancho	潘哲
Papinianus	跋比尼安努斯
par majorve potstas	同等及上级权力
par potestas	同等的权力
Pariavolk	贱民民族
pars tralaticia, edictum tralaticium	传袭告示,传统成规
parthia	帕迪亚
pascua publica	公共牧地
pater familias	家长
patriarchaler Patrimonialismus	家父长制的家产制
patricii	贵族(罗马)
Patron	护主,恩主
Patronous si clienti fraudem fecerit, sacer esto	恩主若诈骗其客,应于神前宣誓充作祭神的牺牲品
Paulus	保路斯
peculatus	国有财产夺取罪
peculium	奴隶的财产
per aes et libram	铜衡行为
per liberam personam obligationem	通过自由人(或代理人)来签订契约

nullam adquirere possumus	是不可能的
Perikles	伯里克里斯
Personalhaft	人身拘禁
Peruzzi	斐鲁济
petitorium	本权之诉
Phratrien	部族
Pietät	恭顺
Plantagenet	金雀花王朝(英国)
plebs	平民(罗马)
Podestate	治安首长(意大利)
Pompunius	庞蓬纽斯
pontifex maximus	大神官
pontifices	神官(罗马)
popolo grasso	富裕市民
popolo minuto	下层市民
populus Romanus	罗马国家
positives Recht	实定法
possessio	占有
possessorium ordinarium	通常的占有诉讼
possessorium summariissimum	最简易占有诉讼
potentiores	有力者
Pothier, Robert Joseph	波提耶
potrebitjelnaja norma	消费基准
praeter legem	超越法律
praetor	法务官(罗马)
praetor peregrinus	最高外事裁判官,涉外大法官
praetor urbanus	最高内事裁判官
Präjudiz	判例

Präjudizienrecht	判例法
Prärogative	大权
Prätor	法务官
primärer Patriarchalismus	原始的家父长制
Primat	首位权
Primogenitur	长子单独继承法
Princeps legibus solutus est	元首免受法律的拘束
private Korporation	私法人团体
Privatrecht	私法
probatio plena	充分证明
probatio semiplena	半证明
Probeehe	试验婚
prodazha	刑罚,罚金
promissor	诺约者(债务人)
Prozeβinstruktion	诉讼训令
Prozeβrecht	诉讼法
Pseudoisidorische Dekretalen	《伪伊希多尔教令集》
Publicani	国家事业包办人
Publicum	公有
Punic	布匿克
Qâdî	卡地
Qânûn(Amtsrecht)	卡奴,官法
qijâs	模拟
quaestio	审讯会
quaestio perpetua	常设审讯会
quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere	起初无效者,不因时光流转而成为有效

quod ad singulorum utilitatem pertinet	与个人利益有关的
quod ad statum rei Romanae spectat	与罗马国家(公务)有关的
Quod principi placuit, legis habet vigorem	元首所嘉许的,具有法律效力
quod universitati debetur, singulis non debetur; ne quod debet universitas singuli debent	法人的债权并非各个成员的债权;法人的债务亦非各个成员的债务
Rêsch Gâlûthâ (Exilarch)	俘囚王
ra'j	拉伊
Rabbi	拉比(犹太教律法学者)
Rabina bar Huna	拉宾纳·巴尔·胡纳
Rache	复仇
Rachimburgen	判决发现人(法兰克王国)
Radbruch	拉德布鲁赫
ratio	理性
ratione temporum habita	因时制宜地
Raubehe	掠夺婚
Realexekution	实物执行
Reallasten	实物负担
Realpolitik	现实政治
Realvertrag	要物契约
receptum	保管诉讼
Recht auf Arbeit	劳动权
Recht auf den vollen Arbeitsertrag	全部劳动收益的请求权
Recht auf Existenzminimum	最低生活权
Recht des Rechtes	法律的正义
Recht für Alle	万人之法

rechtliche	法律性的
rechtliche Geordnetheit	在法律的规制之下
Rechtsbuch	法书
Rechtsdenken	法思考
Rechtserfindung	法的发明
Rechtsfindung	法发现
Rechtsgefühl	法感
Rechtsgemeinschaft	法律共同体
Rechtsgenosse	司法成员
Rechtsgeschäft	法律行为
Rechtsgutachter	法鉴定人
Rechtshandlungen	法律相关的行为
Rechtshonoratioren	法律名家
Rechtsinteressenten	法的利害关系者
Rechtskonfession	法律申明
Rechtslehre	法教育
Rechtsoffenbarung	法之启示
Rechtsordnung	法秩序
Rechtspersönlichkeit	法人格
Rechtsprofanierung	法律世俗化
Rechtssatz	法命题
Rechtsschöpfung	法创制
Rechtssprichwöter	法谚
Rechtsteig	诉讼法书
Rechtsverhältnis	法律关系
Rechtsweiser	宣法者
Rechtszwang	法强制
Rechtszwang zum Kontrahieren	缔结契约的法律强制

Regierung	统治
Reglement	行政法规
Reichskammergericht	帝国法庭,帝国中央法庭
Reichstag, Reichsversammlung	帝国会议
reipersekutorische Klage	要求返还的诉讼
Religionsfrevel	宗教犯罪
renovatio imperii	古已有之的良法
Rentengut	地租农场
Rentenkauf	定期金买卖
Repetundengerichte	不当征收法庭
Repressalie	复仇
res religiosae	宗教物
res sacrae	神物
res sanctae	神圣物
Respondent	解答者
rhodische Handelsrecht	罗德斯海商法
Richterkönige	司法君王
Richtige Recht	正法
Roncaglia	隆加利亚
Rosenthal	罗森塔尔
rotae	学者法庭
Russkaja Prawda	鲁斯卡亚普劳达法典
Saadia ben Joseph al – Fayyumi	萨迪亚
Sabbatjahr	安息年
Saboräer	萨伯瑞,思量者
sacer esto (Anathema)	咒逐
sachlich	切实

Sachsenspiegel	《萨克森律鉴》
Sakramentalehe	宗教婚
Salvius Julianus	裘利亚鲁斯
Sanhédrîn	桑黑德林
Saracen	萨拉森
Savigny	萨维尼
schâfi ‘ itische Schule	沙斐仪学派
Schah	沙王
Schammai	香迈
scharî ‘ a	圣法(回教)
Scheich ul – Islâm	回教长老
Scheingeschäft	假装行为
Schiedsverfahren	仲裁程序
Schiedsvertrag	仲裁契约
Schöffe	审判人
Schöffenbarfreie	参审自由人
Schöffengericht	审判人法庭
Schöffenkolleg	审判人团
Schriftgelehrtentum	律法学者(以色列)
Schulchân ‘ Arûch	《舒尔翰·阿鲁克》
Schuld	罪责
Schulddienstbarkeit	债务赋役制
Schuldhaft	债务拘禁
Schuldknechtschaft	债务奴隶制
Schule der Codeinterpreten	民法典注释学派
Schwaben	施瓦本
Schwabenspiegel	《史瓦本律鉴》
Seedarlehen	海上赁贷

Seelsorge	灵魂司牧者
Seelteil	灵魂份
Seisinerecht	占有法
Selim	塞林姆
Sendgericht	巡回法庭
Severus	塞弗留斯
Sex. Aelius Paetus Catus	卡图斯
shruti	天启,启示
sicarius	杀人罪
Siete Partidas	七部法典
Signorie	门阀
simulata pro veris accipiuntur	造假成真亦无不可
Sinndeutung	意义解明
smriti	圣传,记忆,传承
Snouck – Hurgronje	斯诺克 – 休弗洛涅
societas maris	海外贸易公司
sodalicia, sodalitates	兄弟关系团体
Sohm	索姆
solicitors	事务律师
Sonderrecht	特别法
Souveränität	主权
soziales Recht	社会法
Speranskij, Michael	史佩伦斯基
Spolienklage	占有侵夺之诉
Ssvod sakonov rossijskoj imperi	《俄罗斯帝国法律集》
Staatsräson	国家理性
Staatsrecht	国家法
Stammler, R.	史塔姆勒

ständische	身份制的
ständischer Patrimonialismus	身份制的家产制
Statusklage	身份诉讼
Status – Kontrakt	身份契约
Statute Law	制定法
Stendhal	斯汤达尔
Stiftung	基金
stipulatio	要式口约
stipulator	要约者(债权人)
Stölzel	史特泽
Strafrecht	刑法
Streitgedinge	诉讼契约,仲裁契约
Streitschlichtung	纷争解决
Substantiierungsprinzip	事实记载主义
Sühneschuldhaftung	赎罪债务责任
Sühnevertrag	赎罪契约
Sulla	苏拉
sunna	逊奈(回教)
Sura	舒拉
Svarez, Carl Gottlieb	史法瑞兹
Systematisierung	体系化
tacitus consensus omnium	万人的默然同意,公议
Talmud	《犹太法典》,塔穆德法典
Tannâ'îm	汤奈姆
Tawney, R. H.	陶尼
testis suspectus	可疑证人
Theodosius II	狄奥多西二世(东罗马皇帝)

Theokratie	教权制
Thesmothetai	法执事(雅典)
Thora	《律法书》(以色列)
Thüringern	图林根
Ti. Coruncanius	科隆坎尼乌斯
Tiberius	提比略
Togo	多哥(非洲)
tote Hand	死手
trespass	不法侵害
tribunus	护民官(罗马)
Troeltsch, E.	托洛尔区
trudowaja norma	劳动基准
Tübingen	蒂宾根
Tummîm	土明
Tunis	突尼斯
Übersichtlichkeit	普遍贯通性
Ulpian (Ulpianus)	乌尔比安(乌尔比安努斯)
ultra vires – Handlen	越权行为
Umayyad	乌玛雅王朝
Umstand	见证人
unfreie Deisidämonie	奴隶性的敬畏神祇
Unger, Joseph	翁格
universitas	法人
Unrechtmäβigkeiten	不法行为
Urban	乌尔班
Ûrîm	乌陵
Urteilsfinden	判决发现

Urteilsfinder	判决发现人
Urteilsfrage	判决质问
Urteilsschelte	判决非难
Urteilsvorschlag	判决提案
usus	时效婚
Usus modernus Pandectarum	《学说汇纂的现代惯用》
Valentinian III	瓦伦蒂利恩三世(西罗马皇帝)
Vasallenstaat	封臣国家
Vasallität	家士制
Verband der plebs	平民团体
Verbrüdern	结拜兄弟
Verbrüderungsvertrag	兄弟契约
verdammten Pflicht und Schuldigkeit	应尽的义务与责任
Verein	社团
Vergemeinschaftung	共同体关系
Vergesellschaftung	结合体
Vergesellschaftungsformen	结合体形态
Verhandlungsmaxime	协商主义,辩论主义
Vernunft	理性
Vernünftigkeit	合理性
Vertragsfreiheit	契约的自由
Vertragsschemata	契约范型
Vertrauensmänner	心腹
Verwaltung	管理
Verwaltungsanordnung	行政命令
Verwaltungsgerichtsbarkeit	行政裁判
Verwaltungsstab	行政干部

Vladimirski - Budanov	伏拉底米尔斯基 - 布达诺夫
Voigt, Andreas	伏伊克特
Völkerrecht	国际法
Volksgeist	民族精神
Volksgericht	人民法庭
Volksrecht	平民法,部族法典
Vollgericht	全员法庭
von Amts wegen	依职权
von Carmer, Johann Heimrich	冯卡尔玛
von Falkenstein	法肯史坦
von Hertling, Georg Freiherr	冯赫特林
von Jhering	冯耶林
von Martini, Freiherr	冯马汀尼
von Rechts wegen	依法
von Repgow, Eike	冯瑞普高
von Zeiller, Edlem	冯蔡勒
wadiatio	保证契约
Wakuf	宗教基金(回教)
Wartrecht	继承期待权
Wechselhaft	票券拘禁
Wechselordnung	票券条例
Wehrgemeinde	军事团体
Weistum	睿智
wergelt	人命金
Whigs	辉格党
Willenserklärung	意愿表明
Willkür bricht Landrecht	自发性法律破除普通法

Windscheid, Bernhard	温德沙伊德
Wirtschaftsgemeischaft	经济共同体
Wo Du deinen Glauben gelassen hast, muβt Du ihn suchen	在何处失了信,就在那儿找回来
Wo kein Kläger, da kein Richter	无原告,无法官
Wortformalismus	用语形式主义
writ	令状
writ of sub poena	附带罚则召唤令状
Yasa	亚萨
Yhûdhăh Hannasi	耶胡达·翰那希
Zádruga	萨杜鲁加,家共同体
Zain al - Abidin	阿比定
Zitelmann	齐特曼
Zivilgeschworenen	民事审判人
Zivilrecht	民法
Zoroaster	琐罗亚斯德
Zunft	公会
Zuständigkeit	管辖权
Zweck - Kontrakt	目的契约
Zweckvermögen	目的财产
zweizüngiges Urteil	两立判决

索　引

四画

五画

六画

七画

八画

九画

十画

十一画

十二画

十三画

十四画

十五画

十六画

［Ｇｅｎｅｒａｌ　Ｉｎｆｏｒｍａｔｉｏｎ］
书名＝韦伯作品集　　Ⅸ　　法律社会学
页数＝３９６
ＳＳ号＝１３９３１８２６